This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

Informazioni su questo libro

Si tratta della copia digitale di un libro che per generazioni è stato conservata negli scaffali di una biblioteca prima di essere digitalizzato da Google nell'ambito del progetto volto a rendere disponibili online i libri di tutto il mondo.

Ha sopravvissuto abbastanza per non essere più protetto dai diritti di copyright e diventare di pubblico dominio. Un libro di pubblico dominio è un libro che non è mai stato protetto dal copyright o i cui termini legali di copyright sono scaduti. La classificazione di un libro come di pubblico dominio può variare da paese a paese. I libri di pubblico dominio sono l'anello di congiunzione con il passato, rappresentano un patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire.

Commenti, note e altre annotazioni a margine presenti nel volume originale compariranno in questo file, come testimonianza del lungo viaggio percorso dal libro, dall'editore originale alla biblioteca, per giungere fino a te.

Linee guide per l'utilizzo

Google è orgoglioso di essere il partner delle biblioteche per digitalizzare i materiali di pubblico dominio e renderli universalmente disponibili. I libri di pubblico dominio appartengono al pubblico e noi ne siamo solamente i custodi. Tuttavia questo lavoro è oneroso, pertanto, per poter continuare ad offrire questo servizio abbiamo preso alcune iniziative per impedire l'utilizzo illecito da parte di soggetti commerciali, compresa l'imposizione di restrizioni sull'invio di query automatizzate.

Inoltre ti chiediamo di:

+ *Non fare un uso commerciale di questi file* Abbiamo concepito Google Ricerca Libri per l'uso da parte dei singoli utenti privati e ti chiediamo di utilizzare questi file per uso personale e non a fini commerciali.

+ *Non inviare query automatizzate* Non inviare a Google query automatizzate di alcun tipo. Se stai effettuando delle ricerche nel campo della traduzione automatica, del riconoscimento ottico dei caratteri (OCR) o in altri campi dove necessiti di utilizzare grandi quantità di testo, ti invitiamo a contattarci. Incoraggiamo l'uso dei materiali di pubblico dominio per questi scopi e potremmo esserti di aiuto.

+ *Conserva la filigrana* La "filigrana" (watermark) di Google che compare in ciascun file è essenziale per informare gli utenti su questo progetto e aiutarli a trovare materiali aggiuntivi tramite Google Ricerca Libri. Non rimuoverla.

+ *Fanne un uso legale* Indipendentemente dall'utilizzo che ne farai, ricordati che è tua responsabilità accertati di farne un uso legale. Non dare per scontato che, poiché un libro è di pubblico dominio per gli utenti degli Stati Uniti, sia di pubblico dominio anche per gli utenti di altri paesi. I criteri che stabiliscono se un libro è protetto da copyright variano da Paese a Paese e non possiamo offrire indicazioni se un determinato uso del libro è consentito. Non dare per scontato che poiché un libro compare in Google Ricerca Libri ciò significhi che può essere utilizzato in qualsiasi modo e in qualsiasi Paese del mondo. Le sanzioni per le violazioni del copyright possono essere molto severe.

Informazioni su Google Ricerca Libri

La missione di Google è organizzare le informazioni a livello mondiale e renderle universalmente accessibili e fruibili. Google Ricerca Libri aiuta i lettori a scoprire i libri di tutto il mondo e consente ad autori ed editori di raggiungere un pubblico più ampio. Puoi effettuare una ricerca sul Web nell'intero testo di questo libro da `http://books.google.com`

Digitized by Google

Library
of the
University of Wisconsin

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

STORIA

DEL

DIRITTO ITALIANO

VOLUME III.

PARTE PRIMA.

Digitized by Google

Digitized by Google

STORIA

DEL

DIRITTO ITALIANO

PUBBLICATA SOTTO LA DIREZIONE

DI

PASQUALE DEL GIUDICE
PROFESSORE EMERITO DELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA

VOLUME III - PARTE PRIMA

STORIA DELLA PROCEDURA CIVILE E CRIMINALE

DI

GIUSEPPE SALVIOLI
PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI NAPOLI

ULRICO HOEPLI
EDITORE LIBRAIO DELLA REAL CASA
MILANO

1925

Digitized by Google

PROPRIETÀ LETTERARIA

Printed in Italy

Milano — Tipografia Cav. Umberto Allegretti — Via Orti, 2.

Digitized by Google

475928
OCT 16 1939
X3GL
AG4A
3
1

A MIA MOGLIE

E

AI MIEI FIGLI.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREFAZIONE

Fu nel 1916 *che il compianto collega ed amico Pasquale Del Giudice, alla cui memoria mando il mio reverente omaggio, mi invitò a scrivere la storia della procedura civile e criminale in Italia. Poichè a questa parte della nostra storia giuridica io avevo rivolto i miei primi studi e pubblicato alcuni contributi fin dal* 1884 *e altro materiale avevo sempre raccolto per continuare la esposizione delle vicende delle giurisdizioni in Italia, così accolsi il gentile invito: ed ecco ora in due parti completata la mia fatica.*

Napoli, 19 marzo 1925.

G. Salvioli.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE DELLE MATERIE

Pag.

PREFAZIONE VII

INTRODUZIONE 1

PARTE PRIMA — DAL VI SECOLO AL XII SECOLO

SEZIONE PRIMA: *Ordinamenti giudiziari e magistrature dalla caduta dell'Impero romano all'epoca comunale.*

CAPO I. — Ordinamenti giudiziari nell'epoca ostrogota 13
1. La politica di Teodorico — 2. I tribunali romani — 3-5. Costituzione giudiziaria nel regno degli Ostrogoti — 6-8. Il *Comes Gothorum* — 9-10. L'*episcopalis audentia.*

CAPO II. — Ordinamenti giudiziari nella monarchia longobarda .. 30
1. Il regno dei Longobardi — 2. Il tribunale del Re — 3. Potere giudiziario dei duchi — 4-5. Potere giudiziario dei gastaldi — 6. Potere giudiziario dei funzionari minori — 7-8. I *iudices* e gli *adstantes.*

CAPO III. — Ordinamenti giudiziari nella monarchia franca 47
1. Il regno franco — 2-7. La giurisdizione regia — 8. Le assemblee: i *placita generalia* — 9-11. I *missi* — 12. I *iudices.* — 13-14. L'epoca delle riunioni giudiziarie — 15. Le competenze — 16-17. L'amministrazione della giustizia — 18-20. I locopositi: leggi e pratica — 21-24. Lo scabinato: la direzione del processo — 25-29. Ordini giudiziari nei principati longobardi di Benevento e Salerno — 28. I funzionari minori del tribunale.

CAPO IV. — Ordinamenti giudiziari a Roma, a Venezia e nell'Italia meridionale fino al secolo XII 81
1. L'Italia bizantina — 2-3. Roma — 4-8. Venezia — 9. Istria — 10-11. Napoli, Gaeta, Amalfi — 12. Sicilia — 13. Sardegna — 14. Corsica.

CAPO V. — Il foro ecclesiastico dalle origini fino al secolo X 102
1. Le origini — 2. Nelle monarchie germaniche — 3. Sotto i Goti — 4. Sotto i Longobardi — 5. Nei territori bizantini — 6. Privilegi dei chierici — 7. Posizione della Chiesa — 8. Interventi di vescovi nelle riunioni giudiziarie — 9-12. Privilegi

Digitized by Google

Pag.

acquistati sotto i Franchi — 13. Duplice giudizio — 14. Tribunale episcopale — 15. Procedimento inquisitorio della Chiesa — 16. Foro speciale per le cause delle chiese — 17-20. Pratica giudiziaria italiana.

CAPO VI. — Giurisdizione patrimoniale e immunitaria dal secolo IX al XII 127

1-2. L'immunità franca — 3. In Italia — 4-5. Privilegi alle chiese — 6. Le formole di immunità — 7. Privilegi giudiziari — 8. La *familiaris iustitia* — 9-10. Giurisdizione costituita per convenzioni e concessioni livellarie — 11. Giurisdizione patrimoniale — 12. I poteri disciplinari sui servi — 13. L'avvocato — 14. I poteri sugli aldi — 15. I poteri dei *seniores* sui dipendenti — 16. La procedura *per inquisitionem* — 17-19. Privilegi procedurali — 20-21. Incremento dei poteri dei signori laici dopo il sec. IX — 22. Concessioni imperiali e regie.

CAPO VII. — Le giurisdizione imperiale in Italia fino all'epoca dei Comuni 154

1. I poteri dell'imperatore — 2. I Conti palatini — 3. I *missi d. imper.* — 4. Concessioni di poteri ai vescovi — 5. Il conte palatino — 6-8. Ordinamento giudiziario nelle città italiane prima dei Comuni — 9. La Curia imperiale a Roma — 11. Il tribunale aulico — 12. Il tribunale a Trento e nella Marca del Friuli.

CAPO VIII. — La giurisdizione comitale nelle città italiane fino all'avvento dei Comuni 175

1. Concessioni ai vescovi — 2. I vescovi conti — 3. Poteri giudiziari dei vescovi — 4. L'*advocatus* — 5-8. Il tribunale del vescovo.

CAPO IX. — La giurisdizione feudale 188

1. Diritti giudiziari dei feudatari — 2. Loro competenza: i Pari — 3. Funzionamento dei tribunali feudali — 4. Il *bannum* — 5. Giurisdizione criminale — 6. Carattere ed estensione dei poteri giudiziari — 7. Nello Stato pontificio, nel Napoletano, in Sicilia.

SEZIONE SECONDA: *Procedimento civile e penale dalla caduta dell'Impero romano all'epoca comunale.*

CAPO I. — Il procedimento all'epoca della dominazione ostrogotica 207

1. L'*ordo iudiciarius romano* — 2. Il procedimento secondo l'Editto di Teodorico — 3. Il procedimento criminale — 4. Le regole speciali pei Goti — 5. Altre regole speciali.

CAPO II. — Il procedimento nei territori longobardi 213

§ 1. L'antica procedura germanica 213

1. Il diritto processuale germanico — 2. Le antiche leggi — 3. La autogiustizia primitiva: l'intervento dei poteri pubblici — 4. Le azioni civili e criminali.

Digitized by Google

Pag.

§ 2. Il tribunale 218

§ 3. L'introduzione del giudizio: la citazione 219

6. Il procedimento longobardo — 7. L'accusa: la traduzione del reo in tribunale per opera dell'offeso — 8. Riforme franche: *bannitio, mannitio, mallatio* — 9. L'intervento dei poteri pubblici nel citare.

§ 4. Le parti in giudizio 230

10. I contendenti: la rappresentanza — 11. L'*advocatus* delle chiese — 12-14. Il patrocinio per le donne, gli orfani, i poveri — 15. La *commendatio causae*.

§ 5. Oralità della procedura: istruzione della causa 237

16. Direzione del processo — 17. Partecipazione dei giudici.

§ 6. Il giuramento di calunnia 240

18. Il *iur. de calumnia* — 19. Il diritto longobardo — 20. Pratica italiana.

CAPO III. — Il sistema probatorio longobardo-franco 246

§ 1. Le prove del diritto germanico 247

§ 2. Il giuramento 252

§ 3. I congiuratori 261

§ 4. La prova per testimoni 268

§ 5. La prova *per inquisitionem* 276

§ 6. La prova scritta 283

§ 7. Il giudizio di Dio 288

30-31. Il duello — 32. A chi spettasse — 33. Il diritto longobardo — 34. Solennità — 35. Prova del fuoco — 36. Prova dell'acqua fredda — 37. Prova della bara — 38. Prova del pane — 39. Altre ordalie — 40. Avversione da parte della Chiesa — 41. Formalità — 42-43. I giudizi di Dio in Italia.

§ 8. Svolgimento delle prove 301

44. L'onere della prova — 45. Vantaggio nel dare la prova — 46. Graduazione delle prove.

CAPO IV. — Il giudizio 308

§ 1. Le azioni 309

§ 2. La contumacia 310

§ 3. Il giudizio: la sentenza 313

4. Attribuzioni del giudice — 5. Il contrasto giudiziario — 6. Le interrogazioni — 7. Le dilazioni — 8. La perenzione dell'istanza — 9. Le prove — 10-11. La procedura di prova: le eccezioni — 12. La sentenza — 13. Il procedimento longobardo.

§ 4. L'appello 333

14. Rimedi contro le sentenze — 15. Pene contro l'appellante temerario — 16. Il diniego di far giustizia — 17. Legislazione carolingia — 18. Il *blasphemare iudicium* — 19. Pratica italiana.

Digitized by Google

Pag.

CAPO V. — Il procedimento criminale accusatorio e inquisitorio... 345

1. Il procedimento inquisitorio romano — 2. Procedimento germanico — 3. L'accusa privata — 4. La procedura della Chiesa: la *denuntiatio evangelica* — 5. Le visite dei vescovi: le cause sinodali — 6. Le riforme dei papi: il Concilio romano del 1215 — 7. Procedimento inquisitorio canonico — 8. Origine romana e canonica del procedimento inquisitorio.

CAPO VI. — Procedura di esecuzione 363

§ 1. L'esecuzione giudiziaria 363

1. Concetti fondamentali del procedimento esecutorio germanico — 2. Procedimento nelle cause civili e criminali: modificazioni introdottesi nella legislazione gotica — 3. Leggi longobarde sulla esecuzione mobiliare — 4. Sull'esecuzione immobiliare — 5. La *wifa* — 6. Esecuzione contro i contumaci.

§ 2. L'esecuzione privata 375

7. Pratica romana e germanica: divieti delle leggi germaniche — 8. Il pignoramento privato fondato su convenzione: pratica italiana — 9. Legislazione franca sulla *consuetudo pignorandi*.

§ 3. La difesa giudiziaria della proprietà e del possesso 383

10. La rivendicazione germanica dei beni mobili — 11. Procedura colla *intertiatio* — 12. La procedura relativa ai beni immobili — 13. Mutamenti avvenuti per influenza del diritto romano.

§ 4. La *laudatio auctoris* 390

14. Obbligo del convenuto di presentare il suo autore — 15. Responsabilità dell'autore: varie ipotesi — 16. Differenze col diritto romano: la pratica italiana, limiti imposti nella ricerca dell'autore.

CAPO VII. — Il procedimento nei territori romanici 394

§ 1. Roma e Ravenna 395

1. La procedura nei paesi romanici — 2. Continuazione di istituti dell'epoca imperiale — 3. Il libello, la citazione — 4. La *proclamatio*, la *confessio in iure* — 5. La *litis contestatio*: l'*executor* — 6. Le prove — 7. Il giuramento — 8. I documenti.

§ 2. Venezia 407

§ 3. Italia meridionale 410

§ 4. La Sicilia 413

§ 5. La Sardegna 416

Digitized by Google

INTRODUZIONE

Appena si stabilisce un qualsiasi ordine politico che riconosce l'esistenza di diritti nei singoli e persegue il mantenimento della pace pubblica, e quindi appena si formano norme regolatrici dei vari rapporti sociali e queste sono circondate da sanzioni, nascono contemporaneamente delle formalità per la esecuzione di queste norme e di queste sanzioni. Le determina la consuetudine, in principio semplici, poi sempre più complesse e solenni, quasi misteriose dove divenute monopolio delle classi sacerdotali, dove di altre persone che riservano a sè la trattazione del diritto. Così origina la procedura che a poco a poco si congiunge strettamente alla vita del diritto, ed anzi come flora l'investe, lo circonda e lo nasconde agli occhi dei profani. Presso i popoli antichi la procedura è più essenziale del diritto, la forma supera la sostanza, e l'inadempimento di un rito produce la perdita del diritto. E d'altra parte l'eseguire questo o quel rito non è permesso a chiunque, perchè l'osservanza di esso è talmente rigorosa e nello stesso tempo oscura, che occorre confidarla a chi è in possesso di quell'arte o scienza, che diventa segreto di famiglie o di caste: e così si costituì, per es. a Roma, un ceto di persone che in origine piuttosto che giuristi si potevano chiamare proceduristi. È questo il periodo delle *legis actiones*, le quali probabilmente non furono proprie dei Romani in quanto che le hanno conosciute e praticate anche altri popoli dell'antichità. Solo col progresso della scienza giuridica, il diritto si separa dalle formalità che lo devono proteggere; ma la libertà accordata alla sua difesa non esclude che siano determinate quelle essenziali da osservarsi davanti ai tribunali nell'interesse

Digitized by Google

stesso della giustizia; donde l'origine di un sistema di formalità più o meno semplici, ma sempre obbligatorie per le parti, stabilite dalle leggi, riconosciute necessarie per la protezione efficace di tutti i diritti in contesa, collo scopo di raggiungere la completa manifestazione della verità giudiziaria. Questa idea elementare si ritrova, sotto le forme più diverse, con condizioni differenti di applicazione secondo il grado di civiltà, in fondo a tutte le leggi di procedura.

In queste osservazioni si è avuto più specialmente riguardo al procedimento nelle controversie private, perchè più tarda è la nascita di procedure regolari nell'applicazione delle pene per delitti. L'attività vendicatrice dei pubblici poteri non sottostava in origine a forme solenni; e solo più tardi fu riconosciuto che l'interesse della società che vuole la giusta e pronta repressione dei delitti, doveva conciliarsi coll'interesse degli accusati che esige una completa garanzia dei diritti della difesa. Questo è stato uno dei problemi più difficili che le legislazioni abbiano dovuto risolvere. Si trattava di conciliare le garanzie necessarie alla conservazione dell'ordine della società e quelle che reclama la libertà civile. Era d'uopo che l'accusa avesse i mezzi di inquisire e di convincere; la difesa quelli di giustificarsi, e che in questa lotta solenne fra la potestà pubblica e l'accusato non si esercitasse altra influenza che quella della giustizia. Uno dei segni del progresso civile fu di dare la dimostrazione che i diritti delle due parti, lo Stato e il cittadino, avevano nelle istituzioni giudiziarie una protezione egualmente efficace e delle garanzie egualmente forti. Spetta allo storico della procedura porre in evidenza gli effetti derivati quando l'azione della giustizia è stata sciolta dalle forme e abbandonata alla volontà del giudicante, e quando le regole che devono guidarla sono state mantenute incomplete: e sarà dalla indagine storica chiarito se abbia giovato all'azione della giustizia il cumulo di precauzioni formali poste per dare all'imputato una maggiore difesa che poteva infine essere tramutata come un riparo contro il castigo. È proprio il caso di vedere se la storia insegni qualche cosa, quando le situazioni sono identiche, e se l'esperienza del passato sia più loquace in questo campo che in qualunque altro del diritto, come anche si potranno valutare le parole di Montesquieu: « Se voi esaminate le formalità della giustizia in rapporto alla pena che ha un cittadino a farsi restituire un suo bene o ad ottenere soddi-

Digitized by Google

sfazione di qualche oltraggio, ne troverete assai di soverchio: se poi le riguardate in rapporto alla libertà e sicurezza dei cittadini, potrete ritenerle nemmeno sufficienti e riconoscere che le ansie, le spese, le lentezze, i pericoli stessi della giustizia sono il prezzo che ogni cittadino concede per la sua libertà ». Certo è intanto che i popoli civili che hanno avuto ed hanno il maggior sentimento del diritto e il più vigoroso impulso alla libertà, hanno dato importanza massima alle formalità; e se si fu disposti a lasciare le pene all'arbitrio del giudice, giammai però completamente furono abbandonate al suo capriccio le forme dei giudizi: come un sentimento spontaneo generale si è avvertito che la giustizia propriamente altro non è che formalità.

La storia ancora ed in conseguenza spiega come le regole procedurali partecipino della natura delle istituzioni politiche e ne riflettano lo spirito. Si trovano nella storia del diritto non pochi istituti mantenutisi in una quasi immobilità. Foggiati una volta nella pratica e nella dottrina, poco dall'una o dall'altra sono stati alterati e perfezionati. Gli avvenimenti politici, i rivolgimenti sociali e religiosi sono passati sopra essi lasciandoli inalterati. Invece una procedura, la penale, è stata sensibile a quanto modificava il diritto pubblico del quale era una parte, riproducendo i differenti principii delle costituzioni politiche, assumendone lo spirito e le tendenze, divenendone il corollario, modificandosi più o meno sensibilmente per seguirle nei suoi cambiamenti. Si può facilmente constatare come le garanzie degli accusati siansi accresciute od affievolite nei diversi paesi secondo il principio dei loro governi, larghe e tutelari negli Stati liberi, incerte e ristrette ove regnava il dispotismo. Presso i primi i poteri dei giudici erano definiti, le attribuzioni nettamente designate; vi si sanciva la libertà della difesa, la pubblicità dell'accusa e delle discussioni, la procedura orale e il giudizio per giurati. Presso i secondi i giudici erano funzionari dipendenti dal potere costituito, esecutori di ordini. La procedura criminale fu dunque intimamente legata col diritto pubblico, e sotto questo rapporto essa ancora presenta qualche differenza colla legge penale. I sistemi e i progressi di questa sono congiunti a rapporti di dipendenza sopratutto colla filosofia, la criminologia, la morale, la sociologia. Le questioni che la penalità promuove, toccano un interesse sociale, ma non agitano alcun interesse politico; l'importanza sua è di ordine sociale, umanitario e meno

Digitized by Google

di ordine politico; riguarda piuttosto l'avvenire della società che lo stato attuale dei suoi membri. La coscienza e le ragioni della moralità pubblica vegliano e decidono sulla natura e sul grado delle pene; ma questa materia per quanto di notevole gravità non importa essenzialmente ai poteri del paese e alle sue libertà.

Invece presto si avvertì che la legge di procedura era il complemento necessario delle libertà pubbliche, che le sue formalità erano destinate a proteggere i diritti dei cittadini, a preservarli da ogni atto arbitrario, da ogni eccesso di potere. La procedura acquistò così l'importanza di una legge politica, importanza immediata perchè proteggeva o minacciava incessantemente i beni più preziosi, l'onore, la vita, la sicurezza degli uomini. Ad ogni conquista nelle politiche libertà corrispose un rinvigorimento nelle garanzie procedurali; ad ogni reazione dispotica, oligarchica o demagogica una svalutazione di esse, cioè l'arbitrio dei tribunali statali e rivoluzionari.

Queste considerazioni sopra la stretta connessione fra diritto pubblico e procedura si riferiscono, come si è detto, alla criminale, perchè la civile si presenta nelle sue grandissime linee quasi immobile. Essa obbedisce piuttosto alle leggi della logica, e la sua costruzione come i nessi fra le varie parti non si possono concepire diversamente da quello che furono e sono. L'istrumento tecnico per risolvere le controversie forensi risponde a necessità davanti alle quali si sono piegate le leggi e la pratica, e poche e irrilevanti sono le transazioni fra quelle necessità e la pratica che lo storico riesce ad avvertire. Le norme della procedura civile non riposano *in gremio iudicum*, e quasi sottratte alla volontà dei legislatori sono generalmente rimaste insensibili alle variazioni del diritto pubblico e privato.

Tuttavia, malgrado le differenze fra procedura criminale e procedura civile, la stretta connessione del diritto pubblico con gli ordinamenti giudiziari s'impone a tal punto da dovere collegare a questi due elementi superiori tutto lo sviluppo storico delle due procedure. Ciò valga a spiegare l'ordine della trattazione a cui intendiamo attenerci. Come il diritto pubblico nella storia nostra ha subìto variazioni dipendenti dai vari governi che s'istituirono nella penisola dopo la caduta dell'Impero romano, e questi governi variarono nel medio evo secondo le dominazioni straniere, secondo il costituirsi di liberi ordinamenti

Digitized by Google

comunali, o secondo il sopravvivere di ordinamenti locali come nell'Italia meridionale; e poi altre variazioni avvennero col governo delle signorie, e finchè sorsero Stati che gli avvenimenti recenti distrussero unificando la gente italica in un sol regno; così la storia della procedura si avvantaggia per chiarezza ad essere esposta con riguardo a queste vicende politiche, o almeno a quelle che più influirono nella formazione del diritto pubblico, e che per caratteri speciali si distinguono da quelle che le precedettero e da quelle che le seguirono.

Come il diritto pubblico studiato da un punto di vista storico soffrirebbe se esposto in modo sistematico, lo stesso si dica per la storia degli ordinamenti giudiziari così mutevoli nel tempo e nello spazio e per quella del diritto processuale. Chi scrive ha saputo mostrare in quali materie sia preferibile attenersi a una esposizione cronologica o sincronistica e in quali a un'esposizione sistematica, presentendo gli inconvenienti del metodo sincronistico che introduce nella storia alcunchè di arbitrario e di convenzionale « e tutto ciò che nella storia è arbitrario è frode alla verità: stabilire cronologicamente le epoche di sviluppo di un istituto è stabilire soluzioni di continuo laddove non ve ne sono. La riconferma di quest'inconveniente si deriva dalla difficoltà che s'incontra nel fissare concretamente le date in cui ciascuna epoca ha inizio o termine. L'inconveniente si accresce, laddove si tenga presente che nello stesso spazio storico si è costretti a inquadrare e studiare istituti che hanno un diverso sviluppo: un'epoca non è un regolo lesbio, nè la struttura degli istituti giuridici non è uniforme; così non solo quelli del diritto privato si trasformano più lentamente dei pubblici ordinamenti che sono dominati dall'avvicendarsi spesso violento e tumultuario delle forme politiche, ma pur anche gli stessi istituti di diritto privato hanno una mobilità diversa » (1).

Per queste ragioni ho abbandonato il metodo sistematico che aveva preferito il Pertile nella sua non mai abbastanza lodata, veramente monumentale storia, e ho adottato il cronologico non fissando in date precise le fasi di sviluppo del diritto procedurale, ma aderendo a una ripartizione che tiene conto

(1) FULVIO MAROI, nell'*Archivio giuridico* (recens. alla *Storia del diritto italiano* di SALVIOLI), vol. LXXXVIII (della serie IV, vol. IV, fascicolo 2°), 1922.

Digitized by Google

delle varie influenze o politiche o dottrinali che si sono più fatte sentire in esso. Le invasioni germaniche come sopprimono quasi interamente in una parte d'Italia il diritto pubblico romano, così produssero gli stessi effetti negli ordinamenti giudiziari e processuali, introducendo pratiche di origine germanica. Si può ragionevolmente stabilire un periodo in cui queste ebbero la prevalenza almeno nei tribunali dell'Italia alta e centrale. Poi venne il risorgere del diritto romano, il rifiorire di scuole di diritto, un diffondersi della cultura e di una sensibilità più delicata che spingeva a ripudiare formalità assurde, pratiche barbariche: e si rese allora possibile che la Chiesa colle sue idealità elevate di giustizia permeasse la vita italiana e facilitasse le riforme che le scuole invocavano e per le quali la civiltà italica era matura. Così s'inaugura un nuovo periodo nello sviluppo storico del diritto processuale del quale non è possibile stabilire il momento dell'inizio, perchè questo avviene a gradi, quasi insensibilmente, dove in modo più precoce e improvviso, come chi si spoglia di una veste non più adatta al proprio corpo e logora, dove più lentamente e quasi con rispetto a quelle forme arcaiche, delle quali ancora si tiene alto il prestigio. In conseguenza sopravvivono di esse vestigia, anche quando la civiltà italica si è affermata nelle città, e le scuole ardono incensi alle pratiche romane; perchè i popoli spesso trascinano addietro il peso ingombrante di tradizioni, di formalità vuote di contenuto e di cui ignorano il significato, finchè alla lor volta anche queste muoiono. La coscienza scientifica riprende il suo imperio, procede all'inventario di questa eredità dei secoli, conservando quello che è utile, scartando quello che è inutile ed è morto; e in tal modo la storia può segnare un ulteriore progresso e il diritto processuale segnare una vittoria. Però una vittoria ottenuta a salti, non uniforme in tutta la penisola, perchè i tanti Stati non avevano un unico diritto processuale e variavano anzi le magistrature e i riti, le giurisdizioni si moltiplicavano, e interessi di classe si aggrovigliavano attorno ad esse specialmente a perpetuare i difetti e a impedire le riforme. Le quali vennero di un tratto e radicali e definitive, quando valsero, più della letteratura nostrana che batteva, con bello precorrere e con audacia, le tarlate mura dell'edificio procedurale, i codici francesi introdotti in Italia. Ciò che non avevano ottenuto i nostri pensatori, Beccaria, Filangieri, Pagano, ecc. che furono all'avanguardia del rinnovamento, fu raggiunto per

Digitized by Google

opera degli avvenimenti politici, e le innovazioni legislative ormai accettate dalla coscienza nazionale italiana non poterono essere distrutte dalla sopravvenuta reazione. Questi avvenimenti, si può dire, chiusero un periodo storico e ne aprirono un nuovo, il quale continua a svolgersi sotto i nostri occhi, che noi tramanderemo alle generazioni seguenti, in modo ininterrotto; perchè ormai le riforme in tutto il campo del diritto come della vita sociale sono sentite, messe innanzi e sospinte, diversamente che pel passato, da tutte le forze sociali che hanno una coscienza più fine, più sensibile, più imperiosa, davanti a cui non resistono nè tradizioni, nè abitudini, nè interessi.

Perciò anche questa storia ha una ragione di essere e la sua importanza, in quanto può cooperare ad agevolare la cernita del vecchio ciarpame procedurale dal materiale ancora buono e ad indicare quello che non più rispondente ai tempi, o per le sue origini o per le finalità che aveva, può essere abbandonato. La storia serve per distruggere e per costruire.

La procedura e i relativi ordinamenti giudiziari dell'alto medio evo sono stati largamente investigati. Possediamo una letteratura ricchissima sul diritto procedurale germanico, ove la critica tedesca si è dottamente esercitata e sopra tutti i punti. E poichè questo diritto ha avuto anche nell'Italia settentrionale e centrale applicazione, e non solo le leggi ma i documenti che il medio evo italiano ci ha trasmesso, sono stati illustrati in connessione al diritto barbarico, la strada è sgombra e aperta per queste numerose indagini compiute da oltre un secolo dai dotti tedeschi; e nello scrivere sul diritto processuale dell'alto medio evo per l'Italia basta attenerci alle trattazioni più solide. Certo sopra ogni punto si sono sollevati dubbi, accese discussioni, e il solo riferire le varie opinioni mostrerebbe quale lungo e difficoltoso cammino abbia dovuto percorrere la scienza storica per cercare la verità. Laddove noi crediamo che questa sia stata raggiunta, ci arrestiamo ed esponiamo, cercando nella documentazione possibilmente più ampia di darne la dimostrazione. Perchè discutere le varie opinioni avrebbe significato un inutile sfoggio di erudizione, e avrebbe allontanato da quegli scopi di chiarificazione che mi sono sopratutto proposto. Soltanto bisogna tener presente che il procedimento longobardo fu più libero da certe complicazioni di formalismo che danno un sapore arcaico al diritto delle stirpi germaniche non venute in contatto col mondo

Digitized by Google

romano. Quel procedimento conservò dei riti nazionali la parte essenziale e abbandonò altre particolarità secondarie, non adattabili alle popolazioni italiche, nelle quali non era spento un senso pur vago e indistinto di giustizia illuminata. Perciò anche i risultati delle indagini condotte per altri paesi vanno con ponderazione vagliati.

In minor misura la dottrina si è rivolta ad illustrare il procedimento romano-canonico che divenne il fondamento del diritto procedurale italiano dal secolo XIII fino ai giorni nostri. Questa penosa indagine è stata soltanto condotta sopra alcuni argomenti e mancano quei lavori di assieme che sarebbero tanto desiderati. Possono in parte supplire le trattazioni di diritto processuale che in servizio della pratica furono fatte dai giuristi tedeschi, prima che la Germania avesse un codice di procedura. Fino a quel tempo le leggi romane e canoniche regolavano il procedimento, laddove non erano modificate da ordinanze imperiali o da consuetudini locali: e così si mantenne e fu necessario lo studio immediato di leggi, dalle quali la pratica italiana, pur seguendole, si era allontanata.

La storia del processo italiano, quale fu regolato dagli statuti e dalle costituzioni dei principi e quale fu elaborato dalle più belle menti di giuristi italiani in opere ponderose oggi obliate, da tempo attrasse la mia attenzione, come buon campo fruttuoso di ricerche. Vero è che vi aveva mietuto con mano esperta quel lavoratore impareggiabile che fu Antonio Pertile, alla cui memoria ogni probo studioso è lieto di tributare un reverente omaggio di ammirazione. Il volume che consacrò alla storia della procedura e che chiuse la sua poderosa fatica, alla quale dobbiamo forse la più bella e duratura opera prodotta dopo il nostro risorgimento politico nel campo del diritto, è in modo singolare ricco di notizie e di curiosi particolari raccolti attraverso le varie legislazioni della penisola pel corso di dieci secoli. Se sarebbe stato lavoro di ben scarsa utilità rivedere le fonti da lui riferite, mi parve che non mancasse a quelli che si accingono a scrivere sulla storia della procedura, il compito da assolvere, sia completando le informazioni, interrogando, per es., statuti di recente venuti alla luce, sebbene sia in essi tutti soverchia l'uniformità, sia tenendo maggior conto della elaborazione dottrinale a cui furono sottoposte le leggi nelle scuole e nei tribunali, sia dando più spiccato rilievo agli elementi che hanno influito sulle varie fasi di svolgi-

Digitized by Google

mento degli istituti e indagandone le cagioni, sia anche lasciando nell'ombra particolari che non ebbero vita o importanza per porre in maggior luce le linee principali degli ordinamenti giudiziari, dei riti e delle dottrine. Due compiti principalmente mi sono proposto in questa esposizione storica: rendere evidenti le relazioni fra i sistemi procedurali e gli istituti di diritto pubblico e privato; congiungere lo svolgimento delle dottrine a quei diritti che ebbero tanta parte nella nostra vita nazionale. Questa seconda indagine scarsamente preparata da studi anteriori, perchè finora la storia della procedura ha richiamato l'attenzione di pochi, sovente ho dovuto soltanto prospettare e tracciare nei punti principali, specialmente per obbedire alle esigenze di economia nella trattazione generale: confido però che, anche in questi limiti, ciò abbia fatto in maniera tale da facilitare e avviare altri a più esaurienti analisi.

E così, reso a ciascuno il suo merito ed esposti gl' intendimenti che mi hanno diretto in quest'opera, mi sembra spiegata la sollecitudine con cui ho risposto all'autorevole cordiale invito di chi, sentita l'opportunità di una nuova storia del diritto italiano, ora veglia con intelligenza e perseveranza alla sua realizzazione.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE PRIMA

DAL VI AL XII SECOLO

SEZIONE PRIMA

ORDINI GIUDIZIARI E MAGISTRATURE DALLA CADUTA DELL'IMPERO ROMANO ALL'EPOCA COMUNALE.

OPERE GENERALI: PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Padova, 1873-87, 2ª ed. curata da P. DEL GIUDICE, Torino, 1896-1902, vol. VI; BETHMANN-HOLLWEG, *Germanisch-romanische Civilprozess im Mittelalter*, 3 vol., 1868-1874; FICKER, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, 4 vol., 1868-1874; e le storie generali del diritto germanico di BRUNNER, 1892; SCHROEDER, 6ª ed. 1919; WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2ª ed. 1882-1897, volumi II, III, IV; SOHM R., *Altdeutsche Gerichts- und Reichsverfassung*, 1871 (riproduz. del 1912); MAYER E., *Italienische Verfassungsgeschichte von der Gothenzeit bis zum Zunftherrschaft*, 2 vol., 1909; GLASSON *Histoire du droit français*, volumi II, III, 1900; BEAUCHET, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, 1886; FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France*, I, pag. 304-406; SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, 8ª ed. 1921.

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPO I.

Ordinamenti giudiziari nell'epoca ostrogotica

HEGEL, *Storia della costituzione dei municipi italiani*, 1861; SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*, vol. I, 1864; PAVIRANI, *Storia del regno dei Goti in Italia*, 1854; GAROLLO, *Teodorico re dei Goti e degli Italiani*, nella *Rivista Europea*, Firenze, 1879; TROMBETTI, *Ed. di Teod.*, 1895; SORRENTINO, *Regno di Teod. rispetto alla politica e al diritto*, 1904; DEL GIUDICE, *Nuovi studi di storia e diritto*, II, Milano, 1913; PONCHIELLI, *Comm. all'Ed. di Teod.*, 1923; TAMASSIA, *Sul comes Gothorum* (in Arch. Storico Lombardo), 1884; DE ROZIERE, *Legisl. de Theod.*, nella *Revue critique d'hist.*, 1879; DUMOULIN, *Gouvenem. de Theod.*, nella *Revue historique*, 1902; HODGKIN, *The invaders of Italy*, II; *Theod. the Goth*, 1891; MANSO, *Geschichte d. Ostgoth. Reichs in Italien*, 1824; VON GLÖDEN, *Roem. Recht im ostgothische Reiche*, 1843; DAHN, *Koenige der Germanen*, IV, 1866.

1. Secondo quello che è scritto nelle storie di Orosio, Ataulfo, il successore di Alarico nel regno dei Goti, era solito spiegare la sua politica nel modo seguente: « sarebbe stato suo desiderio fare, dopo l'annientamento del nome romano, di tutto il mondo romano un impero di Visigoti, cosichè quella che una volta era Romania sarebbe diventata una Gothia e Ataulfo avrebbe preso il posto e ottenuto la rinomanza che ebbe Cesare Augusto come fondatore della potenza romana. Ma l'esperienza di molti anni aveva insegnato che i Goti non sarebbero stati in grado di ubbidire alle leggi per cagione della loro barbarie, e d'altronde non si potevano abolire le leggi della Repubblica, perchè senza queste non esisteva più la vera Repubblica. Perciò Ataulfo si era prefisso di cercare la gloria nel restituire ed elevare, con l'aiuto dei Goti, il nome romano, e avrebbe acquistato la sua gloria nel-

Digitized by Google

l'essere il restauratore della romanità, dal momento che non poteva essere imperatore ». In queste parole è contenuto il programma che ebbero in vista e vollero attuare non solo i Visigoti, ma tutti i fondatori dei regni germano-romani del V secolo. Nè sarebbe stato possibile imaginarne un altro e tanto meno eseguirlo, senza precipitare nel disordine. Si sarebbe distrutto senza nulla creare.

L'espressione di rovina applicata al mondo romano è del tutto inesatta. Anzitutto le grandi civiltà non muoiono rapidamente, ma possono soffrire delle trasformazioni più o meno profonde. Solo le rivoluzioni violente, non politiche ma sociali, distruggono il lavoro accumulato nei secoli, riconducono i popoli alla miseria, cioè a uno stato prossimo alla barbarie; e questo non fu il caso degli avvenimenti di cui fu teatro l'Italia nel corso del secolo V e le stesse Gallie e la Spagna; tanto che le popolazioni appena avvertivano i mutamenti politici, perchè furono lenti e perchè i nuovi rappresentanti del potere imperiale si adattarono alle leggi e agli ordinamenti romani, e assunsero vesti e funzioni di delegati imperiali. L'Italia continuava ad essere una provincia imperiale, in cui se non di diritto certo di fatto governavano ministri barbari colle dignità di maestri delle milizie o di patrizi dell'Impero. Ezio e Stilicone avevano assunto il patronato o la protezione dei municipii: e colla deposizione di Romolo Augustolo altri ministri barbari ebbero il vicariato, cioè la rappresentanza giuridica in nome dell'imperatore. Odoacre e Teodorico furono veri vicarii dei sovrani di Bisanzio, da cui ebbero l'investitura della diocesi d'Italia, ultimo avanzo dell'impero di occidente.

Colla dominazione degli Ostrogoti non vi fu mutamento nella posizione politica della penisola, perchè l'Impero ancora era pienamente riconosciuto. Teodorico compariva quale inviato dell'imperatore, e di questo doveva rivendicare i diritti momentaneamente compromessi in Italia. Egli doveva reggere in Italia quale re dei Goti il suo popolo stabilito su terre appartenenti all'Impero, e reggere gli Italiani quale vicario dell'Impero, sotto la giurisdizione imperiale. Era pur questa stata la posizione di Odoacre, dopo il riconoscimento imperiale, colla differenza che i barbari di lui non costituivano una nazione. Teodorico per afforzare la sua signoria volle dominare legalmente sui Romani, esserne il re: perciò ottenne la *vestis regia*; come *magister*

Digitized by Google

militum fu insignito di pieni poteri generali per l'amministrazione d'Italia. Egli stava qui in luogo dell'imperatore; ma era ben lungi dall'essere imperatore, poichè egli dominava soltanto sull'Italia, e d'altronde era sprovvisto di molte delle attribuzioni imperiali: non aveva, fra l'altro, il diritto di fare leggi. Il suo regno, malgrado il dualismo che lo investe, segnò il compimento del ricordato programma di Ataulfo: i Barbari devonò essere la forza armata dell'Impero romano: essi non sono fatti per le leggi; i Romani soltanto devono amministrare, non i Germani. Da questo concetto derivò il nuovo ordinamento: lo Stato, l'amministrazione fu lasciata ai Romani, e in essa non fu mutato il minimo particolare. Soltanto a Teodorico spettò la nomina dei funzionari. Il Senato continuò a funzionare in Roma con l'antico fasto e con poca importanza: divenne un'organizzazione sociale di quella classe malcontenta del nuovo reggimento che era obbligata ai pubblici servizi in Roma. L'elemento militare fu gotico, gotici i comandanti. Come il Goto non poteva essere impiegato civile, governatore di città, perchè egli non era romano, allo stesso modo un Romano non poteva di regola servire nell'esercito. Gli Italiani avevano del resto rinunziato a costituire un esercito, dopo che avevano ottenuto l'esenzione dal servizio militare. Così astenendosi dalla milizia, si condannavano ad essere dominati da altri popoli militari, e la loro imbellicosità preparava i secoli delle loro sventure, delle umiliazioni nazionali. L'Italia apriva le sue porte a tutti i conquistatori, a lei inferiori per civiltà. L'Italia si dichiarava incapace a dare un esercito suo, come le orde germaniche si dichiaravano con Teodorico incapaci a formare da sè uno Stato. Questa divisione dell'amministrazione tra esercito e Stato civile involse tutto l'ordinamento giuridico del regno ostrogotico; cioè un esercito composto di Barbari, le magistrature civili affidate ai Romani.

2. Per queste ragioni nulla fu alterato nel procedimento civile e criminale per quanto riguardava le popolazioni romane: continuarono le stesse istituzioni giudiziarie, si osservarono gli stessi riti stabiliti dalle costituzioni imperiali. Le formole di Cassiodoro sono la testimonianza della cura con cui il re si adoperò perchè nulla fosse mutato della *civilitas romana*, perchè le antiche leggi fossero osservate, mantenute le varie cariche che nei municipi dirigevano l'amministrazione: premurosa reazione contro i mali che ormai minavano tutta l'amministrazione ro-

Digitized by Google

mana, perchè quell'immensa macchina burocratica, che coi suoi funzionari civili e giudiziari gravava su tutto colla più opprimente vigilanza, regolatrice ancora di tutta la vita sociale, per necessità esosa coi contribuenti, troppo costosa, dissipatrice di forze, causa di enorme depauperamento, fatalmente condannata a sfasciarsi, ogni giorno cedeva da un punto o dall'altro.

E i primi a cedere erano i tribunali. Già nell'anno 451 una costituzione di Valentiniano riconosceva con dolore « che dopo la fatale rovina che i nemici avevan seminato in Italia, in alcune regioni non si trovavano giudici nè causidici, e che raramente incontravansi persone che avessero qualche conoscenza delle leggi e del diritto » (1). Basterebbe quest'accenno per indurre a ritenere come l'antico *ordo iudiciorum* romano incontrasse difficoltà a mantenersi quale le costituzioni imperiali prescrivevano, e come difficile si presentasse il funzionamento di una regolare giustizia. Questa non poteva sfuggire alla decadenza che invadeva tutta l'amministrazione, coi curiali renitenti a compiere i loro doveri, coi ceti più colti sfiduciati, avviliti, stremati di forze, odiatori di governi oppressori. La mancanza era praticamente assai grave, perchè i dibattiti, in ispecie in materia di proprietà, erano a quel momento assai frequenti; e perciò s'imponeva la necessità di un rimedio, il quale fu cercato compilando una raccolta ufficiale di alcuni testi, trascelti tra i moltissimi inaccessibili e inintelligibili, e nella determinazione categorica di un numero circoscritto di giuristi i cui testi si potessero citare e invocare in giudizio come fonti di diritto.

L'ignoranza delle leggi (2) infirmava qualsiasi formalità giudiziaria o per dir meglio semplificava i processi, aprendo così indirettamente la porta all'arbitrato e all'intervento dei vescovi sentenzianti non col rigore del diritto ma coi principii dell'equità. Ciò per le liti civili. In quanto alle cause criminali il disordine nell'amministrazione dello Stato, la conseguente insufficienza

(1) Nov. Valentin. 31, an. 451, 5: « *Notum est post fatalem hostium ruinam qua Italia laboravit in quibusdam regionibus et causidicos et iudices defuisse hodieque gnaros iuris et legum aut raro aut minime reperiri* ».

(2) Cfr. Nov. Theodos. 1, pr.: « *Saepe nostra clementia dubitavit quae causa faceret ut tantis propositis praemiis quibus artes et studia nutriantur, tam pauci raroque extiterint qui plena juris scientia ditarentur et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae* ».

Digitized by Google

degli organi preposti all'applicazione delle leggi, alla prevenzione e repressione dei reati, a mantenere l'ordine e a distribuire la giustizia ridestarono negli uomini il sentimento che ognuno dovesse proteggersi da sè. La civiltà ritornò sopra la via già percorsa e risalì alle fasi dell'autogiustizia. Così con moto lento, mentre la legislazione ufficiale sempre magniloquente e a parole vigile e presente era nel fatto lettera morta, i buoni cercavano nell'arbitrato e nelle transazioni raggiungere la giustizia e la pace al di fuori della magistratura, i violenti ritrovavano nella incapacità dei poteri pubblici il modo di esercitare le loro ritorsioni, cioè di farsi giustizia da sè. Favorita infatti dai tempi torbidi e saturi di violenza, riprese il suo corso la vendetta che Giovenale aveva esaltata come *bonum vita iocundius ipsa*, e che la società romana, ancora primitiva o *rustica* sotto la vernice di civiltà, teneva in onore come dovere del parentado. Rilassati i freni statali, piuttosto che accusare davanti ai tribunali che non funzionavano, gli offesi preferivano ritorcere l'ingiuria o cercare una transazione coll'offensore, *transactio* del resto ammessa nella legislazione imperiale pei delitti capitali (1). Questa tolleranza coincideva coll'altra norma che i parenti dell'ucciso avevano il dovere e il diritto di sostenere l'accusa contro l'offensore. Erano sopravvivenze di antiche usanze rispondenti alla spinta naturale verso la vendetta da cui l'offensore si riscatta transigendo e pagando.

3. Malgrado queste debolezze e lacune, le maggiori assisie della costituzione giudiziaria romana furono mantenute nel regno ostrogotico. La giurisdizione contenziosa era così ripartita. In Italia e nelle città privilegiate di provincia la prima istanza apparteneva in massima a magistrati, dai quali si appellava al governatore. Vi erano persone privilegiate che godevano di immunità, e fra queste era il diritto di far giudicare le loro cause direttamente al tribunale del governatore. Nelle città provinciali giudice di prima istanza era il *defensor*. La procedura antica basata sul principio che il magistrato istruisse le cause, proponesse il punto di legge applicabile alla specie e rendesse una

(1) l. 18, Cod. Iust. II, 4: « *transigere vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem* ».

Digitized by Google

declaratoria, e poi il *iudex* nominato esaminasse la specie e in conformità di quella declaratoria rendesse la sentenza, era già abolita. I governatori dovevano sentenziare in ogni causa da soli: essi avevano intorno a sè dei consiglieri, degli assessori per mezzo dei quali spedivano prontamente le cause di loro competenza. La trattazione delle cause si operava collegialmente; soltanto il governatore pronunciava la sentenza. Il sistema degli assessori era il normale, cioè ne aveva il *defensor*, ne avevano quanti erano investiti di poteri giurisdizionali. La presenza degli assessori nei tribunali e l'importanza loro nella trattazione delle cause giudiziarie devono essere tenute presenti, come una delle istituzioni non destinate a perire. Quest'ordinamento giudiziario statale era così molto semplice, in quanto era fondato sulla persona del governatore: bastava cioè che fosse mantenuta la carica suprema perchè l'amministrazione della giustizia funzionasse.

4. Nel regno ostrogotico rettori, presidi, col titolo risonante di *consulares* formavano la prima autorità civile. Ad essi il giudizio sui Romani, ad essi l'amministrazione censuaria e la polizia superiore nelle provincie. Il loro officio doveva regolarmente durare un anno, ma per lo più era prolungato (1). Una volta l'anno essi dovevano girare il distretto e raccogliere i lamenti del popolo (2). La loro amministrazione era sottoposta ai *sacra auditoria* che colle attribuzioni di tribunali di appello la controllavano (3), e che potevano anche decidere *extra ordinem* in prima istanza (4), colpire colle pene della deportazione e proscrizione, cioè colle pene riservate all'imperatore, delegare a magistrati inferiori speciali facoltà (5).

Questi alti funzionari investiti di attribuzioni civili e giudiziarie, decoravansi ancora colle antiche insegne, la clamide (6)

---

(1) CASSIODOR., *Variarum*, VII, 2: « *Nostrum est merentibus tempus augere* »; id. VI, 3, 10, 12.

(2) CASSIODOR., *Variarum*, VI, 21 Form. Rectoris provinc.; VII, 2 Form. praesidatus; VI, 20 Form. consularitatis; V, 14: « *Iudex vero Romanus propter expensas provincialium quae gravare pauperes suggeruntur per annum in unumquemque municipium semel accedat: cui non amplius quam triduanae prebeantur annonae* ».

(3) SYMMACHUS, *Epist.*, VIII, 17.

(4) SYMMACHUS, *Epist.*, IV, 68.

(5) SYMMACHUS, *Epist.*, X, 58.

(6) CASSIODOR., *Variar.*, VI, 15, 20, 25 Form. rectoris provinciae.

Digitized by Google

e la toga (1), e dei simboli imperiali i *vexilla* e le *imagines Principum* (2); comparivano sugli splendenti cocchi di Stato (3). Ad essi appartenevano il prefetto del pretorio (4) e il vicario (5), due dignità a cui è *nulla aequalis*, poichè ad essi era anche deferita la competenza sui *delicta provinciarum iudicum*, ed essi potevano *sine appellatione negotia terminare*. Il vicario aveva la stessa giurisdizione del principe « *vice sacra sententiam dicis* » (6).

Magistratus urbani figurano ancora nell'epoca ostrogotica il *praefectus annonae* (7) e il *praefectus urbis Romae* (8) con competenza sopra i senatori nelle cause civili, quando sono convenuti e nelle criminali (9), e fino al *centesimum miliarium* attorno a Roma. Accanto al *praefectus* vi era anche il *vicarius urbis Romae*, la cui competenza non appare ben precisata, ma che può ritenersi rappresentasse il primo nell'esercizio della giurisdizione civile in Roma e nelle regioni suburbicarie (10). Il potere del *praefectus urbi* non escludeva la competenza di altre somme magistrature, poichè accanto a lui un *vicarius* del *praefectus praetorio* esercitava la sua nelle dieci provincie meridionali d'Italia, mentre le sette provincie settentrionali dipendevano dal *vicarius Italiae*, investito di giurisdizione imperiale nella città di Roma e fino a 40 miglia intorno (11), e in concorrenza col *praefectus urbi*, verso il quale in certe cause stava come giudice inferiore (12), e col quale divideva la sede ove amministrava la giustizia (13).

Sotto il *praefectus urbi* stavano il *praefectus annonae* con competenza nelle cause dei *pistores*, *suarii*, *portenses*, *navicularii* (14),

---

(1) CASSIODOR., VI, 2.
(2) Id., VI, 20 Form. consularitatis.
(3) Id., VI, 3, 4, 15, 20.
(4) Id., VI, 3 Form. praefecturae pretorio.
(5) Id., VI, 15 Form. vicarii.
(6) Confr. AMBROG., *Comm. in epist. ad Coloss.*, 2.
(7) CASSIODOR., *Variar.*, VI, 18.
(8) Id., *Variar.*, VII, 7.
(9) Id., VI, 4.
(10) Id., VI, 15.
(11) Id., VI, 15: « *vice sacra dicis infra quadragesimum sanctissimae urbis iura custodis* ».
(12) SYMMACHUS, *Epist.*, X, 42: « *secunda iudicia* »,
(13) SYMMACHUS, *Epist.*, X, 43: « *secretarium commune* ».
(14) CASSIODOR, *Variarum*, VI, 18.

Digitized by Google

il *praefectus vigilum* competente nelle cause criminali minori (1), mentre le maggiori si trattavano al tribunale del *praefectus urbi* (2).

5. Nelle provincie la giurisdizione civile e criminale era esercitata dai *magistratus municipales* e dai *defensores civitatum*, questi ultimi istituiti in tutte le città, eletti dai *cives* ma confermati dal re (3). La loro competenza era molto larga in materie di giurisdizione volontaria, e perciò intervenivano in tutti i negozi quando la città non aveva altri magistrati. Forse fin da questo momento la indicazione del *defensor*, del *pater civitatis* come era chiamato, era fatta dal vescovo, la persona più ragguardevole di tutti gli abitanti ed appartenenti al municipio, quella che esercitava l'influenza maggiore sull'amministrazione, sulla giurisdizione, sulla polizia della città. La sua posizione pubblica nel regno ostrogoto era sommamente notevole e tale veramente da potersi considerare come il punto di passaggio dalla costituzione romano-municipale a quella che fu propria del medio evo. Si vedrà come già nell'epoca gotica il vescovo fosse in possesso di un diritto di sorveglianza, ed esercitasse funzioni di vera giurisdizione; cosicchè il *defensor civitatis, plebis, loci* finiva per essere un magistrato a lui subordinato, e all'occasione protetto contro le ingiuste pretese dei tanti funzionari le cui competenze erano spesso concorrenti.

La giustizia era servita da altri funzionari minori che Cassiodoro ancora enumera: gli *exceptores* col loro *primicerius* (4), gli *adiutores*, il *primiscrinius*, il *praerogativarius*, il *regendarius*, il *commentariensis*, lo *scrinarius*, l'*abactis*, il *numerarius*, il *tabularius* (5), i *chartulari* ordinati in una *schola*, e sotto questi funzionari i *ministeria illiterata*, come i *praecones*, gli *executores*, i *cancellarii* o *milites ad secreta iudicis* e addetti a stare *inter cancellos* e a chiudere i *claustra patentia* e le *fenestratas januas* (6). Tutti questi ufficiali assistevano i *iudices civiles* e *militares*, scrivendo, registrando, eseguendo gli ordini e le sentenze, tutti a

(1) Cassiodor., VII, 1 Form. praefecturae urbis Romae: « *fures esto sollicitus* ».
(2) Id., VII, 7.
(3) Id., VII, 11; IV, 45, 49; III, 49.
(4) Id., XI, 25.
(5) Id., XI, 18,32.
(6) Id., XI, 6; XII, 1.

Digitized by Google

carico delle finanze municipali e quindi sopravvissuti anche alle stesse difficoltà e strettezze che travagliavano le curie.

Questa enumerazione di magistrati alti e bassi dimostra come gli ordinamenti giudiziari stabiliti negli ultimi tempi dell'impero fossero rispettati nella monarchia di Teodorico, il quale nessuna innovazione vi apportò, eccetto quello che si riferiva alla competenza del *Comes Gothorum* nelle cause dei Goti. Il re ha preso il posto dell'imperatore come supremo giudice: egli punisce direttamente (1), a lui si rivolgono i reclami ch'egli poi delega ad altri per un riesame (2); ordina di definire controversie (3), o anche di rivedere le sentenze (*quanto magis emendanda*) con raccomandazione di provvedere nella causa *diligenti examinatione* (4); egli delega giudici speciali, mutando quindi le competenze ordinarie (5); prescrive indagini sulla condotta dei giudici (6), o direttamente interviene (7): Il tribunale del re funziona come supremo tribunale di appello dietro la *supplicatio* della parte condannata (8), e in questo tribunale *ius sit liberum*, dice Cassiodoro (9).

Le altre magistrature ricordate, investite anche di funzioni amministrative e fiscali, preposte alla finanza, all'annona, delegavano ai *iudices* la trattazione delle cause. Il re li mette in guardia contro i *iudices avari* (10), e li esorta perchè tutti pratichino le *humanitates* (11), perchè assumano uomini dottissimi (12). Nella stessa qualità di *iudices* erano gli *assessores* che assistevano i diversi magistrati (13), e i *consiliarii* (14), *personae instructae* che

(1) CASSIODOR., *Variar.*, II, 47; I, 5, 18; III, 20; IV, 18.
(2) Id., V, 12: « *ad comitatum nostrum instructam jure personam modis omnibus destinate ut civiliter plantata causatio finem de legibus sortiatur* »; III, 17.
(3) Id., III, 16.
(4) Id., III, 45; IV, 11.
(5) Id., IV, 18.
(6) Id., IV, 28.
(7) Id., I, 18.
(8) Id., I, 5.
(9) Id., III, 46.
(10) Id., VI, 21 Form. rectoris provinciae.
(11) Id., VI, 3 Form. praefect. praetorio.
(12) Id., VI, 12 Form. comitivae primi ordinis; VI, 22.
(13) Id. VI, 5 Form. quaesturae.
(14) Id., VI, 12; IV, 12, 46.

Digitized by Google

formano il *geniatum tribunal* (1). La retorica di Cassiodoro si diffonde a spiegare che le cause civili si trattano *verbis non armis* (2), che la *vocatio iudicis spes iustitiae esse debet non multa* (3): *ordinariis iudicibus potestas servetur illibata. Gothorum laus est civilitas custodita. Tota ad vos fama confluit si vobis rarum litigator observet. Vos armis iura defendite*, conclude rivolgendosi alle magistrature gote, *Romanos sinite legum pace litigare.* In queste parole è formulata la missione che Teodorico voleva affidare al suo piccolo esercito stanziato in Italia: difendere anche colle armi la romanità, ristaurarne il prestigio scosso contro le minaccie esteriori; non dare spettacolo ai Romani di genti che si perdono nelle controversie forensi; lasciare ai Romani questo triste privilegio di cercare nel vasto arsenale delle leggi e delle dottrine gli argomenti per offendere e difendersi, perchè la disputa forense rende imbelli, e il regno dei Goti era ancora esposto a gravi pericoli.

6. Ma nemmeno fra i Goti mancava la materia del contendere davanti ai tribunali, e per essi Teodorico aveva istituito una magistratura speciale, il *Comes Gothorum.* Si deve credere che la *Formula Comitivae Gothorum per singulas civitates* (VII, 3), diretta ai Romani sia stata pubblicata contemporaneamente alla fondazione del regno ostrogoto, allo scopo di spiegare la nuova dignità di conte goto e la speciale importanza. « Visto che i Goti con l'aiuto di Dio abitano misti tra voi, credemmo necessario, affinchè, come suole accadere, non nascano disordini tra i consorti (la parola *consortes* indica coloro che abitano vicini in seguito alla divisione dei fondi, alla spinosa questione delle *tertiae*) di mandare tra voi nella qualità di conte un uomo esimio e noto per savia condotta, perchè egli a seconda delle nostre ordinanze decida le liti tra due Goti: quando sorga questione tra un Goto e un Romano, egli si aggiunga un giurisprudente romano e conduca il processo con equità (*aequabili ratione*). Nelle liti poi tra due Romani, questi ascoltino quelli che noi mandiamo (*quos per provincias dirigimus cognitores*) perchè sia fatta giustizia a tutti, e in tanta diversità di giudici tutti abbraccino una giustizia sola ».

Questo passo involge le questioni fondamentali delle relazioni

(1) CASSIODOR., *Variar.*, VI, 23.
(2) Id., III, 23.
(3) Id., IX, 14.

Digitized by Google

fra Romani e Goti, dichiarati uguali davanti alla legge, colla sola eccezione che ai primi furono attribuiti gli uffici civili e ai secondi i militari (1). Sì agli uni che agli altri Teodorico raccomandò benevolenza e mitezza (2), promettendo da parte sua equanimità e protezione (3). Non devesi tuttavia ammettere un predominio esclusivo dell'elemento romano nel regno ostrogoto, ma solo riconoscere che la costituzione germanica fu adattata alle condizioni speciali in cui il re goto si trovava verso l'impero ancora pieno di maestà e dal re riconosciuto. La sua dignità era quella di rappresentante dell'imperatore di Oriente (4): quindi egli conserva le leggi imperiali pei Romani, e se non le estende anche al suo popolo, ciò dipende dall'inferiorità di cultura in cui esso trovasi. Vivendo i Goti secondo le loro consuetudini, è necessario un magistrato speciale; e siccome essi formano in generale l'esercito, e i Romani la popolazione civile, la giurisdizione civile e criminale sopra i Goti è affidata al capo dell'esercito; e tale è il *Comes Gothorum*. Ecco perchè questi decide nelle liti tra Goti, mentre il giudice romano decide quelle dei Romani fra loro, e perchè nelle liti miste quale che sia l'accusato, decide il conte goto coll'appoggio però di un giurista romano. La giurisdizione del giudice militare era già propria del diritto imperiale per le cause criminali e anche nelle civili, sempre nel caso che il milite fosse convenuto (5): quindi anche in ciò Teodorico non fece che copiare un'istituzione romana. I poteri del *comes* dipendevano dall'autorità che aveva sull'esercito: e ciò rendeva naturale che egli fosse il giudice delle cause fra Goti, cioè fra militari. La novità consiste nella giurisdizione attribuitagli nelle cause miste: giudica le liti in cui i Goti sono accusati, ma anche quando essi siano gli accusatori; quindi tutte le cause senza differenza alcuna. Nelle miste la sola condizione posta è l'assistenza di un *prudente* romano; la quale richiama i *iudices deputati* del regno borgognone, i *iuris studiosi* o *assessores* del regno visigotico, che devono assistere o sostituire il giudice assente secondo il diritto romano,

(1) Edict. Theodor., XXXII.

(2) CASSIODOR., *Variar.*, VII, 3.

(3) Id., III, 12: «*nec permittimus in discreto iure vivere quos uno voto volumus vindicare*».

(4) CASSIODOR., *Variar.*, III, 43.

(5) l. 6, Cod. Iustin., III, 13.

Digitized by Google

mentre nei regni barbarici la loro presenza doveva assicurare ai contendenti delle due nazioni una sentenza ispirata ad equità. Questo prudente deve illuminare il conte goto sulle leggi romane e sulle formalità processuali. E qui c' incontriamo nella preponderanza che dopo tutto avevano acquistato i Goti come nazione dominante, malgrado le dichiarazioni di obbedienza all'imperatore per parte di Teodorico. Anche se essi avevano assunto una parte del diritto romano come loro legge, almeno in quanto era stata accolta nell'Editto, e nella pratica permettessero che la si estendesse ancor più, tuttavia non era loro possibile accettare la giustizia solo da un giudice romano, quando essi avessero lite contro un romano. È più naturale ancora che i Romani si presentassero ai conti goti, ma che per essere meglio giudicati desiderassero la presenza di questo prudente (1). Questo tribunale misto che decideva *aequabili ratione* doveva attenersi al rigore della legge romana? Le stesse parole lo escludono: invece si doveva applicare questa legge fino al punto che lo permettesse la equità, in modo che neppure i Goti fossero sopraffatti anche per la loro ignoranza delle norme e riti romani da un diritto violatore dell'equità. Il tribunale misto doveva togliere tutte le differenze che separavano in modo stridente i due diritti. Il *Comes Gothorum* acquistava così una competenza superiore a quella degli ordinari *iudices militares*, e i Goti quali *milites* restavano sottoposti a un regime speciale, in quanto non erano, in queste liti miste, regolati dalle loro consuetudini che potevano offendere la parte romana, e nemmeno dalle leggi romane che sconoscevano, ma vedevano conciliate dall'equità le loro controversie coi Romani. Tale espediente doveva favorire il concetto di Teodorico per una fusione del suo popolo goto nella grande nazione latina, raggiungendola attraverso un progressivo abbandono delle costumanze barbariche e un'accettazione spontanea della sapienza romana. Il giorno in cui questo processo fosse compiuto, la pacifica convivenza dei due popoli in terra italica sarebbe realizzata. Ma gli avvenimenti precipitarono in senso contrario a questo disegno, e il piccolo popolo goto dopo una disperata resistenza dovè abbandonare le regioni italiche.

7. Le disposizioni che nell'Editto di Teodorico si contengono

(1) CASSIODOR., *Variar.*, VII, 3; VIII, 28.

Digitized by Google

relative al procedimento, derivano dal diritto romano, il quale è come sottinteso per tutte le parti riguardanti le formalità della citazione, delle prove, delle eccezioni. Il legislatore richiama piuttosto dei principii di ordine generale: il giudice, udite le domande dell'attore e le difese del convenuto, esaminate le prove, deve decidere secondo è disposto dalle leggi (VII); sia officio di lui risolvere le controversie di cui venga investito e fare eseguire le sentenze (VI); le sentenze pronunziate senza la presenza delle parti non abbiano efficacia, a meno che la parte condannata citata solennemente a comparire siasi resa contumace disprezzando l'ordine del magistrato (1). Nessuno possa essere incarcerato senza ordinanza del giudice competente, o essere tradotto al giudizio o essere trattenuto in privata custodia (VIII). È mantenuto il sistema dell'accusa nelle cause criminali, coll'obbligo della *inscriptio* da parte dell'accusatore, il quale sarà punito se non potrà provare l'accusa. Fino all'esito del giudizio accusato e accusatore saranno tenuti sotto custodia o dovranno dare fideiussori di presentarsi al giudizio (2). Quindi nessuno accusi *nomine alterius* (3). È stabilita la competenza del tribunale per le cause di coloro che detengono cose del fisco (4). È vietata la cessione delle proprie liti a un potente romano o barbaro, sotto pena della metà del prezzo della cosa in contestazione: decisa la causa, i litiganti potranno disporre della cosa come vorranno (5). Nello stesso senso vuolsi che nessun romano o barbaro *tanquam defensor aut suffragator negotio se misceat* (6).

È anche trattata la materia degli appelli, i quali devono essere ricevuti dai giudici delle provincie; che se questi per negligenza o per mala volontà (*sua absentia*) non accetteranno i libelli appellatorii, gli appellanti presentino *in locis celeberrimis* (cioè davanti ai magistrati superiori e al re) *libellum de absentia iudicis*, cioè accusino il giudice così renitente o che ha incarcerato o fustigato l'appellante, e a tal giudice sia inflitta grave pena pecuniaria (7).

---

(1) Edict. Theod., V. Cfr. l. 3, Dig., XLIX, 8; Paul., V, 5, 6, 7; l. 9, Cod., VII, 43.

(2) Edict. Theod., XIII. Cfr. l. 11, 119, Cod. Theod., IX, 1.

(3) Id., XIV. Cfr. l. 15, Cod. Theod., IX, 1.

(4) Id., XXV. Cfr. l. 27, 30, 31, Cod. Theod., X, 10.

(5) Id., XLIII. Cfr. l. 1, Cod. Theod., II, 13; Dig., IV, 7.

(6) Id., XLIV. Cfr. l. 6, Cod. Theod., II, 12; Cod., II, 17 (18).

(7) Id., LV. Cfr. l. 10 Cod. Theod., XI, 30.

Digitized by Google

8. Ma non mancano nell'Editto disposizioni più precise di vero rito giudiziario. Cominciamo dalla citazione. Secondo le norme romane l'ufficiale pubblico incaricato di citare, l'*apparitor*, ha finito la sua missione quando ha ottenuto la promessa che il citato si presenterà davanti al tribunale (1). Questo ufficiale resta poi incaricato di eseguire le sentenze e le ordinanze tutte del giudice, e nessun altro potrà prendere il suo posto ed anzi sarà punito quel *miles* che ne invadesse le funzioni e chi desse incarichi ad altri che non sia l'*apparitor* (2). L'attore deve prestare il *juramentum calumniae*, e se risulterà che abbia suscitato lite senza fondamento e a fine di molestia, sia condannato nelle spese che il convenuto ha sostenuto, valutate dal giudice o da buoni uomini (3). La lite possa terminare col giuramento deferito da uno dei contendenti; e in tal caso non si possa in seguito muovere querela di spergiuro (4): dentro due mesi dalla sentenza pronunziata debba soddisfarsi a quanto è in essa disposto, altrimenti possa il vincitore chiedere al giudice di cautelarsi per mezzo di pegni e di essere autorizzato a venderli (5). Infine taccia ogni rumore giudiziario nei giorni festivi e nella settimana di Pasqua, e sia reo di sacrilegio colui che in questi tempi muove atti giudiziarii (6).

Altre disposizioni riguardano le cause dei Goti, e precisamente la contumacia. Il barbaro che citato non si presenti al tribunale, perda la causa: ma in seguito se dimostri che la sua assenza non fu determinata da disprezzo pel tribunale, possa far riaprire il giudicato. L'attore però sempre debba mostrare i documenti in sostegno della sua domanda e presentare testimoni, cosicchè emerga chiaro il suo diritto e anche la mala fede del barbaro che non si è presentato al giudizio (7).

9. Nell'Editto di Atalarico è inscritta una disposizione che

---

(1) Edict. Theod., LXXI: « *conventum sufficiat promittere se ad iudicem esse venturum, nihil ultra praesumat apparitor* ». Cfr. l. 18, 21, Dig., II, 4.

(2) Id.: « *litigator negotium amittat* ».

(3) Id., LXXIV: « *sub aestimatione judicis aut bonorum virorum ex delegatione noscentium* ».

(4) Edict. Theod., CVI. Cfr. l. 31, 7, Dig., XII, 2; l. 1, 56, Dig., XLII, 1.

(5) Id., CXXXI. Cfr. l. 31, Dig., XLII, 1.

(6) Id., CLIV.

(7) Id., CXLV.

Digitized by Google

vieta di appellare due volte nella stessa causa (1). Speciali privilegi forensi erano riservati agli Ebrei (2), e più ancora ai vescovi. A questo proposito è notevole quello che dispose Atalarico: *Si quispiam ad Romanum clerum pertinentem in qualibet causa probabili crediderit actione pulsandum ad papae iudicium prius conveniat.* Questi giudicherà o delegherà un giudice. Che se al chierico sarà chiuso l'adito al tribunale ecclesiastico, allora il giudice secolare farà valere la sua autorità: *tunc ad saecularia fora iurgaturus occurrat quando suas petitiones probaverit a S. Sedis praesule fuisse contemptas* ». Che se invece il vescovo avrà pronunciato sentenza, ma il litigante *improbo* e *sacrilego* non avrà obbedito, incorra in una multa che sarà distribuita ai poveri (3).

Questa disposizione si collega ai privilegi giurisdizionali riconosciuti ai vescovi anche in materia contenziosa dalla legislazione romana all' *episcopalis audientia.* La Chiesa intendeva di esercitare una missione di pace in tutte le controversie fra i fedeli, e i capi delle comunità cristiane dovevano incitarli a risolvere le liti per mezzo di arbitrati. Le parole dell'Apostolo che non osi *habens negotium adversus alterum iudicari... non apud sanctos... Saecularia iudicia si habueritis... illos constituite ad iudicandos* (4) suonavano come una regola di disciplina interna da osservarsi rigorosamente. I padri della Chiesa raccomandavano ai credenti di fuggire il rumore dei tribunali, dove si giura il falso e dove il demonio tende i suoi lacci: l'avarizia si alimenta colle liti e l'anima si perde: i vescovi sono i più adatti a comporre le discordie e a dare ad ognuno il suo. Era del resto consuetudine ebraica di preferire la risoluzione decisa dagli anziani a quella imposta dai tribunali: e quindi è naturale che i vescovi investiti di tanto potere per tutte le materie di fede e di condotta, sedenti in veri tribunali nel giudicare le questioni di disciplina, fossero anche invocati dai contendenti per le cause civili, come autorevoli compositori: cosicchè quando la Chiesa fu ufficialmente riconosciuta, Costantino attribuendo al vescovo una piena competenza non solo nelle materie relative alla

(1) Ed. Athal., XI. Cfr. Ed. Theod., LV; Cod. Theod., IX, 38.
(2) Cassiod., *Variar.*, IV, 33; V, 37.
(3) Id., VIII, 24.
(4) Paul, I ad Corinth., VI, 1-6.

Digitized by Google

dottrina, all'osservanza della disciplina, col diritto di applicare pene ecclesiastiche, ma anche nelle materie civili, non fece che dare la sanzione a uno stato di fatto accolto nelle comunità cristiane. Delle costituzioni di Costantino una è certamente autentica, mentre è ormai ammessa quasi senza contrasto la falsità di quella diretta *ad Ablavium*. La prima (l. 1, Cod. Theod., I, 27) permetteva a chiunque di portare le controversie davanti al vescovo anzichè davanti ai magistrati ordinari: il vescovo assumeva la qualità di arbitro, competenza che non gli si poteva negare pel diritto vigente, ma che veniva così consacrata ufficialmente e circondata di nuovo prestigio.

Un'altra costituzione aveva concesso ai vescovi il privilegio di non essere più giudicati dai magistrati ordinari per le cause criminali. Le denuncie dovevano portarsi davanti al tribunale episcopale la cui competenza per altro sembra si limitasse alla istruttoria, nella quale ipotesi i giudici ecclesiastici avrebbero pronunciato soltanto le penalità canoniche, esercitando quella loro giurisdizione spirituale ch'era indipendente da quella dello Stato (1). Da queste costituzioni risulta chiaro che la legislazione romana non aveva alterato le basi delle competenze, perchè la giurisdizione episcopale non sorgeva concorrente alla ordinaria, ma conservava la qualità di tribunale arbitrale a cui le parti potevano ricorrere, e il lodo di questa *episcopalis audientia* aveva la stessa efficacia che quello pronunziato da qualunque arbitro, salvo le maggiori sanzioni spirituali che gli assicuravano una piena efficacia; ed è per mezzo di queste che raggiungevasi la esecutorietà delle sentenze episcopali. Ma solo per l'accordo delle parti il vescovo era investito della potestà di decidere la lite (2): e nemmeno era stabilito l'obbligo ai laici di convenire i chierici davanti a questo tribunale speciale (3). Se da questo non era possibile appellare, ciò non significa che si deviasse dal diritto comune; e l'esecuzione della sentenza episcopale per mezzo dei *iudices ordinarii* era conforme ai principii relativi al compromesso.

10. Certo in quel periodo di decadenza di tutti gli ordinamenti giudiziari, dei disordini provocati dalle prime invasioni, di abusi da parte di funzionari lontani dai centri di governo, di

(1) l. 12, Cod. Theod., XVI, 2.
(2) l. 7, Cod. Iust. I 4.
(3) l. 13, id.; Nov. Th., LXXVIII, pr. § 12.

Digitized by Google

prepotenze da parte dei *potentiores*, non affidando la giustizia ordinaria, i contendenti preferivano il giudizio del vescovo, e la frequenza di questo loro intervento è attestata da varie parti (1): però la natura e l'efficacia delle decisioni erano quelle di procedimenti arbitrali.

Può darsi tuttavia che questa frequente attività avesse contribuito a far assumere ai vescovi una posizione simile a quella dei magistrati e in concorrenza con essi (2): *Qui ex consensu apud antistitem litigare voluerint, non vetabuntur, sed experientur illius, in civili dumtaxat negotio, more arbitri sponte residentis iudicium* (3).

Tale situazione non fu alterata dalla legislazione ostrogota: anzi ciò che dispose Atalarico dimostra la grande importanza che il tribunale ecclesiastico aveva acquistato. Si può ritenere che ormai l'*episcopale iudicium* e l'*episcopalis audientia* rappresentassero un tribunale concorrente coll'ordinario, che fossero parte degli ordinamenti pubblici giudiziarii, con diritto di giudicare le cause civili e criminali dei chierici, con diritto di pronunciare sentenze inappellabili ed esecutive. Il vescovo che era il *defensor* nella città, che vigilava nell'amministrazione pubblica, proteggeva le vedove e gli orfani, visitava le carceri, disponeva di sanzioni così terribili quali erano le spirituali, aveva rafforzato i suoi poteri giudiziari o trasformati in vera giurisdizione civile e criminale quei poteri ch'erano nati col carattere di arbitrato, e aveva così fondato in modo prevalente il foro speciale per le cause dei chierici.

Da quest'esposizione risulta la persistenza del procedimento romano nell'epoca ostrogota, sì nelle materie civili che nelle criminali. Davanti allo stesso tribunale del *Comes Gothorum* è la stessa procedura che deve applicarsi (4); nè è alterata se la causa è richiamata al tribunale del re, quantunque qui sembri prevalere piuttosto una giustizia patriarcale, ispirata a principii di equità, *civilitate servata*, condotta con *fides et diligentia* (5).

---

(1) l. 8, id.

(2) Epist. Anacleti papae, Alexandri, Hygini, ecc., in MANSI, *Concil.*, I, 605, 606, 618, 666.

(3) Cfr. l. 7, Cod. Iust., I, 4, an. 398.

(4) CASSIODOR., *Variar.*, III, 13: *Si quod negotium Romano cum Gothis est, aut Gotho emerserit aliquod cum Romanis, legum consideratione definies, nec permittimus indiscrete iure vivere, quos uno voto volumus vindicare*; IX, 14; VII, 39.

(5) CASSIODOR., *Variar.*, VII, 39; IV, 40.

Digitized by Google

CAPO II.

Ordinamenti giudiziari nella monarchia longobarda

SCHUPFER, *Istituzioni politiche longobardiche*, 1863; CICCAGLIONE, *Carattere popolare della sentenza presso i Germani* (nel Filangieri, 1887); SIEGEL, *Geschichte d. deutsch. Gerichtsverfassung*, 1857; MAURER, *Gesch. d. altgerm. Gerichtsverfahrens*, 1824; UNGER, *Die altdeutsche Gerichtsverfassung*, 1842; MAYER, BETHMANN-HOLLWEG, PERTILE, cit.

1. Colla venuta dei Longobardi (a. 568) si chiude il periodo della esclusiva preponderanza delle istituzioni romane e si inizia quello della influenza germanica anche nella storia del procedimento. Ma non è arrischiato affermare che siasi soverchiamente esagerato il turbamento che questa invasione barbarica portò nei territori occupati, come anche le relative conseguenze della dominazione longobarda. Vero è che i Longobardi vennero come nemici e conquistatori, e il regno che fondarono in Italia non fu continuazione dello Stato romano e si ordinò su base barbarica e sul fatto violento della conquista; ma è anche vero che essi non furono che un piccolo esercito, ancora piccolissimo in confronto della popolazione a cui si sovrapponevano e del territorio che occupavano. Poichè tutta la razza germanica nella prima metà del secolo XIV aveva raggiunto il suo più alto punto numerico nella cifra di 12 milioni; e poichè questo aumento si era verificato fra i secoli X al XIII, tenendo conto delle notizie provenienti da parte greca e romana, è lecito ritenere che intorno al 400 dopo C. questa razza non superasse la cifra di 3 milioni. Una piccolissima parte si rovesciò sulle terre dell'impero romano; il maggior numero non abbandonò il centro di Europa o si spinse

Digitized by Google

verso il Nord. Perciò è tutta una fantasia provocatrice di equivoci e di falsità quella che ha dominato per tanto tempo attribuendo la caduta dell'impero romano in Italia e nelle Gallie allo spostamento di innumerevoli popolazioni, alla migrazione di famiglie più numerose di quelle sopra cui si sovrapponevano.

I Longobardi poi erano il popolo ancora più piccolo della razza germanica. Si parlava della loro *paucitas* in confronto della loro ferocia. Quanti erano? Un esercito di poche diecine di migliaia di uomini, viaggianti attraverso l'Europa in cerca di bottino, diretti verso l'Italia senza alcun piano di fermarsi, anzi più propensi al ritorno, come fecero quei Sassoni che li accompagnarono. È naturale che in questo loro nomadismo fossero gli armati, i combattenti, seguiti dalle donne, dai vecchi, dai fanciulli, dai pochi servi; come è naturale che avendo trovato in Italia sì poca e debole resistenza, un governo lontano, le città abbandonate a sè stesse o raccolte attorno ai vescovi, i villaggi deserti, tante campagne nude di abitanti, pensassero di stabilirvisi: e così l'Italia ebbe un regno o meglio una dominazione militare non diversa da quelle che poi nelle epoche seguenti fin quasi ai tempi moderni ebbe a subire per opera di Stati stranieri.

Se si ammette questo, che del resto è il risultato delle indagini storiche raccolte senza preconcetti e senza ossequio alla tradizione (1), ne viene che non può accogliersi come principio per sè dimostrato che i Longobardi abbiano creato un *novus ordo* in tutto il diritto pubblico e privato, interrompendo quanto ancora resisteva delle istituzioni romane. Limitandoci a ciò che si attiene agli ordinamenti giudiziari, notiamo che, venuto meno in Italia il potere centrale da cui erano nominati i vari ufficiali, i *curatores*, i *procuratores*, i *quaestores*, come i *magistratus*, i *iudices*, i *duumviri*, i *defensores civitatis, plebis, loci*, per un po' vissero le popolazioni nell'abbandono, sotto la prepotenza di capi militari, nell'anarchia, finchè, decisi i vincitori a restare nei territori occupati, estesero anche ai vinti quei semplici e rudimentali organi amministrativi e giudiziali che possedevano, i quali erano

(1) Le prove sono raccolte in SALVIOLI, *Sullo stato e la popolazione d'Italia durante il medio evo*, negli Atti dell'Accad. di Scienze e Lettere di Palermo, V, 1889 e *Storia economica d'Italia nell'alto medio evo: le nostre origini. Studi sulle condizioni fisiche, sociali ed economiche prima del mille*, Napoli, 1913.

Digitized by Google

in fondo quelli propri dei popoli germanici. La suprema autorità era il re che nominava i *duces*, le cui attribuzioni erano molteplici, esercitando i poteri militari, fiscali, di polizia e di giurisdizione, preponendo ufficiali minori nelle città e nei villaggi, rappresentando ancora un avanzo dell'antica costituzione popolare ma sempre più acquistando il carattere di funzionari regi, a misura che la potestà regia si rafforzava a danno delle assemblee popolari. I *duces* erano la suprema autorità giudiziaria in pace com'erano la potestà militare in tempo di guerra, e amministravano le città dipendendo dal re.

2. Nel re stava la suprema potestà giudiziaria, lo *scutum potestatis* (1): egli era il supremo duce militare e giudice; e come difendeva il regno dai nemici esterni così provvedeva alla pace dell'interno amministrando giustizia. Sopratutto i delitti pubblici, cioè quelli che concernevano l'ordinamento politico del regno, eran puniti colla vita e colla maggiore emenda in nome del re. I giudici erano propriamente officiali del re: da lui nominati, da lui solo potevano essere deposti (2); a lui promettevano in iscritto di bene amministrare la giustizia (3); giudicavano dunque non altrimenti che in nome del re, ed egli appunto usava chiamarli suoi giudici (4).

Qualunque causa poteva essere portata direttamente al tribunale del re (*ad regem incusare*: Roth. 9), come qualunque causa egli poteva al suo tribunale avocare (*sit in potestatem regis iudicare quod illi placuerit*: Roth. 163). Dalle stesse leggi risulta come in cause criminali il re decideva coi suoi giudici (5), come al re, *ad palatium* si veniva *proclamandum* per causa civile e invocando la *iussio* regia, *in presentia regis* (6), e la *notitia* o *iussio regis* chiedevasi anche in materia di volontaria giurisdizione, vendite, controversie di mundio, monacazioni (7). D'altra parte non eravi ancora un vero sistema di competenze, che manca in tutte le leggi germaniche. Anche presso la dinastia dei Me-

(1) Edict. Roth., 367.
(2) Liutpr., 35.
(3) Rachis, 1.
(4) Liutpr., 8, 137, 138.
(5) Liutpr., 137, 138.
(6) Rachis, 7.
(7) Liutpr., 18, 29, 100.

Digitized by Google

rovingi la competenza del re non fu mai sottomessa a regole precise e si estese sempre col progredire della regia potestà. Tenendo il re ogni potere da Dio, il re sedeva *in palatio ad universorum causas recto iudicio terminandas in Dei nomine — Dominus regendi curam committit, cunctorum iurgia diligenti examinatione rimari oportet* (1).

Il *palatium regis* non era solo alla capitale di Pavia, ma ovunque egli si trasportava, e dove trovavasi, restavano sospese le giurisdizioni locali e se il re voleva tenere tribunale poteva decidere su tutte le cause che a lui fossero portate. In conseguenza la sua giurisdizione penale e civile era concorrente con quella degli altri giudici, e ognuno aveva facoltà di portare le proprie lamentele al *palatium* (2). Il re aveva ereditato le funzioni e i poteri delle antiche assemblee popolari, come queste perdettero d'importanza o non furono convocate, sia per impossibilità materiale, sia per la crescente autorità regia: quindi almeno i grandi crimini contro la persona del re e contro la sicurezza dello Stato erano a lui riservati (3): poi le azioni intentate contro gli alti funzionari per abusi o irregolarità commesse nell'esercizio delle loro cariche, per negligenza nell'amministrare la giustizia (4): il che avveniva così di frequente che Rachis confessa non potere *ad orationem exire aut ubicumque caballicare propter reclamationes multorum hominum* (5). Spettava al re la repressione del giudice prevaricatore, e la competenza sua era logica e imponevasi mancando una gerarchia giudiziaria e un tribunale superiore a cui rivolgersi per ottenere giustizia degli abusi commessi. Ma già Rachis proibiva a chiunque di rivolgersi al palazzo prima che al giudice, salvo che *iudicium de iudice suo non susciperit* (6), e tanto meno di evitare il giudizio del tribunale competente facendo anche *adunationes contra iudicem suum... confidens in alicuius patrocinio* (7).

Per le stesse ragioni bisognava attribuire al *palatium* le cause

(1) Marculph., I, 25.
(2) Liutpr., 8, 15, 16, 29, 79, 130.
(3) Roth., 1-6.
(4) Liutpr., 28, 96. Cfr. Roth., 150.
(5) Rachis, 1.
(6) Rachis, 2.
(7) Rachis, 10.

Digitized by Google

civili nelle quali fossero interessati i pubblici funzionari, quando credevano di essere stati oppressi, o quelle relative ai beni regi (1), cause dette privilegiate e riservate alla decisione sovrana, *quae ad manum regis perteneunt* (2). Poi vi eran cause che il giudice non poteva trattare, e allora doveva dirigere *intra* 12 *dies ambas partes in praesentia regis* (3). Al re era riservato *iudicare quod illi placuerit* di colui che *in mortem parentis sui insidiaverit* (4); e contro la donna adultera non punita dai parenti subentrava il potere dell'ufficiale pubblico che doveva *iudicare de ipsa quod regi placuerit* (5): così anche dei cittadini che rimanessero assenti per più di tre anni senza dar nuove di sè (6), così della donna che fattasi monaca *iudecit rex qualiter illi placuerit aut in monasterio mittendo aut qualiter secundum Deum melius previderit* (7).

Anche le controversie sullo stato delle persone erano di competenza del tribunale regio: l'uomo libero che pretendevasi fosse servo od aldio, doveva far stabilire la sua qualità *ad palatio proclamandum* e ottenere una *iussio regis*, per cui, in seguito a un *iudicium in praesentia regis*, l'avversario era punito se, stabilito lo stato libero dell'attore, ancora l'avesse molestato (8).

Altre persone erano pure giudicate al tribunale del re o in ragione della loro posizione alla corte regia o per la speciale protezione loro accordata. Così avveniva per quelli che erano nel diretto servizio del re, i *gasindi*, i suoi consiglieri (9), o sotto il mundio regio, come le chiese, i cenobi che godevano di tale privilegio (10), il quale importava che non si applicassero alle loro cause le regole rigorose della procedura ordinaria. *Quod regi placuerit* è infatti l'espressione usata per questi tribunali regi: il re non è legato per le sue decisioni alle leggi esistenti, ha la *plenitudo potestatis*, e può quindi sostituire il *jus aequum* al *jus strictum*. Questa facoltà sarà più tardi espressamente dichia-

(1) Roth., 23; Liutpr., 59, 78. Cfr. Troya, II, 338.
(2) Roth., 369; Rachis, 10.
(3) Liutpr., 25, 27.
(4) Roth., 163.
(5) Roth., 189.
(6) Liutpr., 18.
(7) Liutpr., 30.
(8) Rachis, 7.
(9) Roth., 23, 150.
(10) Aistul., 17, 19.

Digitized by Google

rata (1); ma anche presso i Longobardi il diritto regio si sovrappose al diritto popolare, e di buon'ora il re aumentò di tanto il suo potere da modificare le antiche consuetudini con sue ordinanze o da interpretarle con quello che riteneva spirito di equità.

Il re presiedeva il *placitum* o era sostituito da ufficiali della sua corte. Rappresentazioni dell'alto medioevo ci mostrano re seduti colla verga in mano in atto di pronunciare sentenze. Nelle liti fra i vescovi di Siena e di Arezzo per i confini fra le due diocesi e per l'attribuzione all'una o all'altra di alcuni battisteri, dato che le carte siano genuine, vedesi un *illustris Majordomus* (?) *A. partibus Tusciae... ex jussione regis Liutprandi* interrogare i testi e definire la lite (2), e poi nel 715 il re *ipsum judicatum qualiter a s. A. finitum est, per praeceptum firmare* (3). Nell' anno stesso un *notarius in Curte regia* riprese l'esame della stessa *intentio* fra i due vescovi, interrogò 73 testimoni, e il giudicato fu confermato dal re che dispose *nullus contra hoc nostrum dijudicatum audeat ire*, e il notaio lo scrisse *ex edicto d. regis* (4).

Così anche al tribunale regio davanti a un *notarius et missus d. regis* fu trattata una causa fra i vescovi di Pistoia e di Lucca *ex iussione d. regis* (a. 716), e il notaio sentenziò (*degrevimus*), e della sentenza fu fatta *notitia* (5). Questi giudici compongono il consiglio del re, ma l'espressione *notarii* mostra che la trattazione delle cause civili è affidata a esperti nel diritto. Se il re interviene, allora è circondato da duchi, gastaldi, stratori, coi titoli di *illustres iudices* (6), ma sempre l'opera giudiziaria spettava ai *notarii*. Così al giudicato pei confini fra Parma e Piacenza, i giudici dispongono che le parti giurino e *in praesentia iudicibus nostris* il giuramento è prestato (7). Per lo più il re è assente:

---

(1) HINCMARI, *De ordine palatii*, c. 21 (MIGNE, *Patrologia latina*, CXV): *Si quid vero tale esset quod leges mundanae hoc in suis definitionibus statutum non haberent, aut secundum gentilium consuetudinum crudelius sancitum esset... hoc ad regis moderationem perduceretur ut ita ipse decerneret.*

(2) MURATORI, *Antiq. it. m. aevi*, I, 116; VI, 368; *Memorie e doc. per servire alla storia di Lucca*, IV, 76.

(3) Id.; BRUNETTI, *Cod. dipl. toscano*, I, 610; TROYA, *Cod. dipl. long.*, 405.

(4) MURATORI, VI, 368-380.

(5) MURATORI, V, 914; *Memorie di Lucca*, V, II, 506; IV, I, 81, 305, 306.

(6) MURATORI, VI, 383; BRUNETTI, *Cod. dipl. toscano*, I, 448.

(7) AFFÒ, *Storia di Parma*, I, 280; TROYA, II, 340.

Digitized by Google

lascia ai suoi giudici istruire la causa, udire i testi, disporre le prove, pronunciare la sentenza che viene a lui sottoposta: *Cum in principis praesentia coniunxesemus omnia et per ordinem retulemus altercationem eorum... placuit pietati eius quod nos recte dedissemus iudicium. Et adhuc ipse princeps dixit nobis quod iudicatum ipsum vedisset et per eius rogum d. Aistulf eum per suum preceptum firmassit unde* ecc. (1).

Il tribunale del re funziona come tribunale supremo nelle cause ecclesiastiche per il possesso di chiese (2), i confini di diocesi e parrocchie (3). In queste controversie il re è assistito da vescovi oppure delega a vescovi l'esame, ed egli conferma il loro giudicato (4), o sono suoi speciali *missi* che procedono a un'inchiesta, *inquisitio*, ordinano le prove e ricevono i giuramenti delle parti e dei testimoni (5), oppure accanto al *missus regis*, ai gastaldi e ai sculdasci siede anche un vescovo (6).

Ma, secondo la pratica germanica, il tribunale del re era il vero tribunale di appello per tutte le cause. Si è visto come ad esso sia dato ricorso, quando non si può ottenere giustizia davanti al tribunale comune, o il giudice è sospetto di dolo. Ma ad esso poteva ricorrere colui che non otteneva la comparsa del convenuto ripetutamente citato al tribunale ordinario, per farlo condannare come disobbediente all'ordine del re, oppure nel caso che il condannato si opponesse alla esecuzione sui beni perchè ordinata *contra legem et iustitiam* (7). Del resto in questi tempi l'ordine delle giurisdizioni e delle competenze è incerto e lasciato al beneplacito del re, i cui poteri non hanno limiti: egli può avocare a sè qualunque causa, come può mandare un suo *missus* a esercitare atti di giurisdizione dove crede e sopra

---

(1) an. 749, *Regesto di Farfa*, II, pag. 35, n. 22; an. 747; MURATORI, I, 517; an. 762, *iudices ex iussione Desiderii regis*; TROYA, V, n. 791.

(2) an. 716; MURATORI, V, 914; BRUNETTI, I, n. 11, pag. 452; *Memorie di Lucca*, V, 2, n. 5.

(3) an. 743 (doc. falso); CHROUST, *Untersuchungen über die langob. Koenigs u. Herzogsurkunden*, pag. 206.

(4) an. 753; TROYA, IV, n. 677.

(5) MURATORI, I, 517; TROYA, IV, n. 610, 623, 646; an. 747, 749.

(6) an. 761; FATTESCHI, *Memorie storico-diplomatiche riguardanti la serie dei duchi di Spoleto*, 1801, pag. 167; TROYA, V, n. 756; *Regesto di Farfa*, II, n. 46.

(7) Cfr. Edict. Chilperici, an. 574, c. 8.

Digitized by Google

agli ordinari funzionari preposti nelle città. Questi *legati* (1) sono istituzione non propria della monarchia franca e usata anche prima di Carlomagno; e anzi si può dire che i re longobardi esercitavano per mezzo di essi la giustizia civile nel regno, forse anche essi colla facoltà di deviare dalle regole della procedura ordinaria « perchè tutti i membri del placito obbedivano a questi giudici e nessuno osava avere un'opinione contraria » (2). La libertà non aveva fatto progressi dopo la caduta dell'impero romano, e la monarchia longobarda, come tutte le monarchie barbariche, era un dispotismo nemmeno illuminato, abbandonato ai capricci e alle passioni: le carte lo dicono: il re può fare quello che a lui piace, *quod placuerit regi.*

3. Il regno longobardo era diviso in ducati, e questi in altre minori circoscrizioni, alla testa delle quali stavano i gastaldi, gli sculdasci, i decani, gli attori.

I duchi erano investiti di poteri giudiziari superiori a quelli dei giudici nel territorio su cui governavano, e quindi non diversi da quelli del re. Per la loro qualità di capi di esercito erano i giudici supremi nelle cause degli *exercitales* (3), come potevano avocare al loro tribunale tutte le cause delle chiese, dei luoghi pii e dei privati, o nelle loro peregrinazioni attraverso il ducato tenere sedute giudiziarie per ascoltare piati e risolvere controversie. Nel 742 trovandosi il *vir gloriosissimus G. summus dux gentis Longob.* in Waldo Noceto decide una controversia di libertà e di terre per la sua *gloriosa potestas* (4); così nel 745 Gisolfo II *summus dux* ecc. *in nostrum sacratissimum Beneventanum Palatium* definisce una questione sull'appartenenza di una chiesa (5); così nel 750 il duca di Spoleto *dux gentis Lang.* assistito da *iudices*, un *stolefaiz*, un sculdascio, due gastaldi risolve una questione in favore del monastero di Farfa (6); così in seguito il duca di Benevento coll'assistenza di tre *iudices* (7) o di molti sculdasci *et alios astantes qui ambarum partium intelli-*

(1) Cfr. Marculf., I, 4, 7, 11, 40; GREGOR. TURON., *Hist.*, V, 36; VI, 18, 31; IX, 18, 30.

(2) GREGOR. TURON., *De gloria confessor.*, 71.

(3) Roth., 20, 22, 25.

(4) UGHELLI, *Italia sacra*, VIII, 640.

(5) Id., VIII, 613, 626.

(6) *Regesto di Farfa*, II, n. 25.

(7) UGHELLI, VIII, 590.

Digitized by Google

gerent altercationes (1), decide controversie di chiese e monasteri godenti immunità da qualunque potere sì ecclesiastico che secolare, salvo l'obbedienza al sacro palazzo ducale (2). I duchi in queste sedute trovavansi anche con qualche *missus d. regis* oltre i *reliqui nostri iudices*, gastaldi, sculdasci *et plurimis astantibus proprias singulorum hominum decidendas intentiones* (3). Ed essi per queste funzioni giudiziarie avevano anche il nome di *iudices*, sebbene le loro attribuzioni fossero principalmente militari. *Iudex* presso i Longobardi come presso le altre genti germaniche è titolo della più alta distinzione, dato ai capi di un distretto (4), nello stesso modo che *iudiciaria* chiamasi il territorio dove esercitano i loro poteri (5). Non era però a questo *iudex* che si riferiscono le limitazioni di competenza stabilite dal legislatore (6), perchè anzi egli, come il re, poteva avocare a sè le cause portate ai giudici da lui dipendenti. I quali trovavansi in ogni città, investiti anche di poteri militari, condottieri dei loro *exercitales* e giudici delle cause civili e criminali del loro distretto (7). Nelle città vi erano i gastaldi che dipendevano direttamente dal re, come suoi officiali. Ad essi il compito di proteggere gli esercitali molestati ingiustamente dal duca, come questi doveva proteggere gli esercitali contro le vessazioni dei gastaldi (8).

4. La competenza dei gastaldi era limitata al territorio in cui eran preposti: dicono infatti le leggi che se *in alia iudiciaria* fu trovato un servo fuggiasco, *decanus aut saltarius* lo catturi *et ad schuldahis suum perducat et ipse schuldahis eum iudici suo consignet. Et ipse iudex potestatem habeat eum inquirendi* (9). Nel corso del tempo la monarchia longobarda regolò le competenze territoriali in modo che la giustizia procedesse regolarmente. Il ladro *a qualecumque iudice comprehensus* doveva essere consegnato al *iudicem collegam suum*, nel territorio del quale il furto

(1) *Regesto di Faria*, II, n. 45.
(2) UGHELLI, VIII, 589, 607, 608, 610, 611, 612, 755.
(3) *Regesto di Faria*, II, n. 46.
(4) Paul. Diac., VI, 35; Liutpr., prolog., anno IX, 721; Liutpr., 35, della sedizione *in civitatem contra judicem*; Rachis, 10.
(5) Cfr. Marculf., I, 8.
(6) Liutpr., 44; Aist., 9.
(7) Liutpr., 80, 85.
(8) Roth., 23, 24.
(9) Liutpr., 26, 44.

Digitized by Google

era stato commesso (1). E così anche nelle cause civili: *Si quis in aliam civitatem causam habuerit vadat cum epistola de iudice suo ad iudicem qui in loco est* (2).

Nelle cause criminali il gastaldo ha piena competenza. Nell'Editto di Rotari per alcuni reati la pena pecuniaria non era precisata ma lasciata all'arbitrio del giudice, *arbitretur a iudice, quod arbitratum fuerit, quantum per doctos homines arbitratum fuerit* (3): questa facoltà non era certo lasciata a un giudice inferiore, ma a questo maggiore a cui venivano deferiti gli omicidii, i furti (4), i delitti di stregheria (5), i matrimoni illeciti (6), gli adulterii (7); e a lui si riferisce l'obbligo di avere carcere: *unusquisque iudex in civitatem suam faciat carcerem sub terra* (8): ed egli solo poteva *decalvare, cedere per disciplinam, ponere signum in fronte et faciae* al reo (9). Davanti a lui si risolvevano le cause *per pugnam* (10), e si giuravano le tregue (11). Come nelle cause civili egli era il giudice competente nelle questioni di libertà (12) sull'appartenenza dei servi (13), e dei molini (14), beni allora di grande valore e sulle ipoteche (15): nello stesso modo che grande era la sua potestà negli affari di giurisdizione volontaria, perchè egli assisteva alle vendite fatte da donna *consentiente viro suo* (16), alle divisioni in cui era interessato *infans dum intra aetate est* (*faciat iudici noditiam*) (17), alle alienazioni fatte da questo per vivere in tempo di fame (18), per le quali *in iudiciali curia* si in-

(1) Aist., 9; Liutpr., 81.
(2) Liutpr., 27.
(3) Roth., 127, 128, 138.
(4) Liutpr., 80, 81.
(5) Roth., 376.
(6) Aist., 8.
(7) Liutpr., 130.
(8) Liutpr., 80.
(9) Liutpr., 80.
(10) Liutpr., 56.
(11) Liutpr., 42.
(12) Liutpr., 55.
(13) Liutpr., 44, 144.
(14) Roth., 150.
(15) Liutpr., 16.
(16) Liutpr., 22, 27.
(17) Liutpr., 74. Cfr. *Cod. diplom. cavens.*, V, n. 835, an. 1031; id., VII, n. 1195, an. 1054.
(18) Liutpr., 19, 74, 75, 149.

Digitized by Google

terrogavano parenti e vicini e poi accordavasi la *licentia vendendi* (1): disposizioni per lo meno comuni al diritto romano, pel quale la tutela era esercitata da magistrati superiori e inferiori, sia nella costituzione del tutore, sia nella rimozione di tutori sospetti. Così il giudice doveva interrogare la vedova che prima dell'anno del lutto voleva il permesso per monacarsi (2); così nelle contestazioni giudiziarie fra parenti doveva intervenire personalmente o delegare un messo speciale perchè le parti più deboli non avessero a essere danneggiate (3). E tacciamo del mundio che esercitava sulle donne, gli orfani, i minori, le chiese, i forestieri, sui beni pubblici e il patrimonio del re. Il giudice giurava di bene amministrare la giustizia, ed era punito in caso di negligenza, di denegata giustizia (4), di corruzione (5), di dolo (6). Entro sei giorni doveva pronunciare sentenza, e tutti i giorni sedere in tribunale: *iudex in suam civitatem debeat cottidie in iudicium residere... per semetipsum resedeat et omnibus iustitiam conservet... pauperi aut diviti* e la stessa diligenza doveva esigere dai funzionari a lui sottoposti, *schuldahis suos centinos aut locopositos vel quos sub se habet ordinatos* (7).

5. Così abbiamo nominato i funzionari che stavano sotto i gastaldi, distribuiti nelle città, nei *vici*, anch'essi con cariche militari, amministrative, finanziarie e giudiziarie, ma con più ristretta competenza. Però non è il caso di pensare a una gradazione nelle competenze che abbia anche un lontano raffronto cogli ordinamenti giudiziari moderni. Se la consuetudine stabilì qualche norma in proposito, anche queste non erano così sicure che non potessero subire alterazioni. Nella monarchia longobarda, come in tutte le germaniche, non vi è una regolare vita statale: non differenziazione fra i vari organi, non chiari rapporti giuridici fra questi e il popolo, ma confusione di poteri, ma interferenze fra i diversi funzionari, ma sconfinamento di giurisdizioni, e ciò per la mancanza di precisione nella norma giuridica.

---

(1) *Cod. diplom. di Bari*, V, n. 72, an. 1126.
(2) Liutpr., 100.
(3) Liutpr., 75.
(4) Rachis, 1, 10.
(5) Liutpr., 85.
(6) Roth., 25, 376; Liutpr., 28, 81.
(7) Rachis, 1.

Digitized by Google

Queste deficienze organiche che sono proprie delle società barbariche o poco civili e che sono state superate solo nei tempi moderni, colpiscono in più particolar modo le istituzioni giurisdizionali. Inoltre presso popoli a cui mancava il concetto di una netta separazione fra diritto civile e penale, potendo assumere tutte le controversie carattere penale, in conseguenza della applicazione di una sanzione penale, non vi poteva essere differenza fra magistrati civili e penali: ogni funzionario pubblico era *iudex* in tutte le cause, e solo vi erano degli enti, come le chiese o delle persone privilegiate che potevano invocare come loro foro esclusivo il tribunale del re. Perciò anche l'*actor* figura in qualità di giudice (1), come vi figura lo *stolesaiz* (2), lo *sculdais* (3), l'*actionarius* (4), tutte autorità locali, *locopositi* (5), il qual nome è adoperato come sinonimo di giudice, reggitori dei luoghi, come li chiamava Paolo Diacono (VI, 24), giudici pure rivestendo all'occasione tante altre funzioni, come difensori dei diritti fiscali, esattori di censi e delle composizioni, inquisitori dei reati, esecutori di giustizia. Avrebbe fra essi dovuto esistere una gerarchia, che certo si manifestava nella costituzione dell'esercito e quando si raccoglievano attorno al re, nel *palatium*. All'ultimo grado stava il centurione, anche egli *iudex*, anche egli legato da giuramento verso il re di amministrare retta giustizia, di non ricevere doni dalle parti, tenuto a decidere le cause entro il termine di quattro giorni, a rinviare le parti contendenti al giudice se la causa non era di sua competenza. Qui il legislatore fissa una competenza per territorio: *si ambo causatores de sub ipso schuldahis sunt*. Se sarà infermo o assente, le parti devono attendere la guarigione o il ritorno (6). Se i litiganti appartengono a due *iudiciariae* diverse *si homines de sub uno iudice de duobus tamen schuldahis causam habuerint, ille qui pulsat vadat cum misso aut epistola de suo schuldahis ad illum alium de sub quem ipse est cum quo causam habet* » (7): l'attore dunque doveva recarsi allo sculdascio

(1) Liutpr., 78. Cfr. *Regesto farfense*, II, n. 40.

(2) Troya, *Cod. dipl. longob.*, II, 441.

(3) Muratori, *Rer. ital. script.*, II, 341; *Regest. farfens.*, II, n. 25; Troya, IV, n. 641.

(4) *Regest. farfens.*, II, n. 34; Troya, IV, n. 677.

(5) Liutpr., 96.

(6) Liutpr., 25.

(7) Liutpr., 26.

Digitized by Google

della parte avversa; e così prevaleva il foro del reo. Adunque non la materia, non il valore avevano di regola alcuna importanza nel designare il giudice competente ma il territorio: quell'ufficiale ch'era preposto in quel luogo dove era il reo (1), dove il delitto era avvenuto (2), quegli, fosse sculdascio o luogoposito, era il giudice competente. Le sue funzioni nel distretto in verità non avevano limiti: tuttavia gli uni e gli altri dovevano assistersi (3), e gl'inferiori rispondevano al *dux* e all'*iudex qui in loco ordinatus est a rege* (4).

6. L'organizzazione sì amministrativa che giudiziaria longobarda risultò complessa in confronto di quelle delle altre popolazioni germaniche, per es. dei Franchi presso i quali, oltre il tribunale regio, non esisteva altro tribunale che quello di centena; e quando il conte che originariamente non era che un ufficiale incaricato di curare gl'interessi del fisco e di fare eseguire le sentenze (5), acquistò anche il potere giudiziario, non si venne a formare un tribunale della contea, ma egli esercitò il nuovo potere presiedendo il tribunale di una delle centene comprese nel suo comitato. La diversa organizzazione longobarda non si scostò molto dalla divisione giudiziaria territoriale costituita in Italia sotto l'impero romano, e soltanto mutarono i nomi dei funzionari e quanto era incompatibile colla crescente barbarie. Però un elemento nuovo sopravvenne di origine germanica, perchè trovasi presso tutti i popoli di tale stirpe, ed è l'intervento del popolo nella formazione della sentenza.

7. Anche prima delle migrazioni e appunto per la mancanza di un vero e proprio Stato, tutti i poteri pubblici erano nelle mani del popolo, che riunito nelle assemblee faceva le leggi, deliberava della pace e della guerra, amministrava la giustizia, avendo la comunità tutta il diritto di giudicare i suoi membri, sicchè non esistevano determinati ordini giudiziarii. Tacito (*Germania*, 12) dice che le controversie maggiori venivano sottoposte al *concilium* cioè all'assemblea che fungeva da tribunale e pronunciava la sentenza; cosicchè il re o i *principes civitatis* non avevano al-

(1) Liutpr., 26.
(2) Liutpr., 81; Aist., 9.
(3) Liutpr., 44.
(4) Roth., 27.
(5) Chilperici Edict., c. 8; Marculf., I, 8, 78; Formul. andegav., 12, 50.

Digitized by Google

cuna importanza nella formazione della sentenza, la quale veniva pronunciata dal *concilium*. Tale sistema si conservò nella sua purezza presso le razze germaniche che abitarono l'Europa settentrionale, presso le quali anche in epoca posteriore i capi delle circonscrizioni presiedevano le assemblee giudiziarie, le dirigevano, e ne eseguivano soltanto i pronunziati.

Che cosa si conservò di tale sistema presso i Longobardi in Italia? Quale parte vi ebbe il popolo tutto riunito in assemblea? o quali modificazioni vi introdussero? Certo l'assemblea presto perdette l'originaria importanza, perchè l'influenza romana e le tradizioni di un popolo civile superiore di numero fecero del re longobardo una specie d'imperatore romano e dei magistrati tanti ufficiali regi investiti di *imperium* e di *iurisdictio*. Ma i *judices* figurano nei documenti a noi pervenuti assistiti da *adstantes*, i quali non sono persone intervenienti per dare pubblicità al giudizio o per fare testimonianza della sentenza pronunziata, ma con una vera funzione giudiziaria. La loro presenza trovasi tanto nelle riunioni al tribunale regio, che a quello del *missus regis* o degli altri *iudices* o *duces* o vescovi delegati a istruire cause e a definirle; cosicchè può affermarsi che anche in origine presso i Longobardi il giudizio era tenuto pubblicamente, presenti tutti gli abitatori del distretto possessori di beni stabili, che il pubblico ufficiale non giudicava da solo, ma veniva in aiuto al giudizio del popolo col ponderare accuratamente la cosa e indicare la disposizione di legge. Il giudice doveva attendere sopratutto all'esatta applicazione della legge, mentre il giudizio spettava al popolo, o piuttosto ad alcuni scelti per un certo tempo o volta per volta; e così certo fu nelle loro sedi in Italia.

Nelle leggi a proposito del giudizio regio è detto: *ita nobis et nostris iudicibus rectum paruit: ita prospeximus cum nostris iudicibus: nobis et nostris iudicibus hoc nullo modo placuit* (1). Infatti *Flavius Pertharitus rex* in una questione fra le città di Parma e Piacenza decide *cum nostris iudicibus* (2), e così *Flavius Liutprandus rex* in altro fra i vescovi di Siena ed Arezzo (3). Anche il tribunale del *missus regis* era composto da assessori, i quali non possono dirsi condelegati, perchè chiaro risulta che il

(1) Liutpr., 136, 137, 138.
(2) an. 673; Affò, *Storia di Parma*, I, pag. 280.
(3) Muratori, I, 116: VI, 368.

Digitized by Google

solo messo era inviato a conoscere il giudizio, mentre la sentenza era pronunciata dagli assessori: *nos iudices degrevimus* (1); o lo stesso *missus in palatio regis* formula il suo avviso che il re poi conferma con solenne precetto (2) e sempre assistito da vescovi, abbati, sacerdoti, da duchi, stratori, maggiordomi, tutti giudici illustri, o da gastaldi e da altri *adstantes* (3). Nel 747 il monastero di Farfa litigava con alcuni privati pel possesso di un bosco: fu incaricato un *missus regis* di inquirire e di definire la controversia, ed egli fu accompagnato da un notaio messo del duca di Spoleto, da un gastaldo, due sculdori, un azionario, da due altri e infine *cum reliquis habitatoribus civitatis reatine*. Il *missus dum ita cognovit nos universis adstantibus* ecc. riferisce al duca che emette la sentenza (4). Parimenti nel 721 un regio messo in una lite del romano Lucio *hoc nostrum iudicatum emissemus ivi mecum stante idoneis homenis* (e ne nomina sei) *arimanni* (5). Nel 761 un altro *missus* di re Desiderio *atque reliquis nostris iudicibus* (del duca di Spoleto) e sono dei gastaldi, dei sculdori *et plurimis astantibus proprias singulorum hominum decidendas intentiones*, diede sentenza in favore del monastero di Farfa, e il duca *in hoc iudicatu manu mea propria subscripsi* (6).

Lo stesso avviene nei tribunali dei duchi: non citiamo il documento del 627 ove il duca di Cremona non fa che proclamare la sentenza dei *iudices*, tra cui sono due militi *et visae intenciones et sententiis iudicum* (7), nè quello di Cremona del 707 (8), perchè falsi; ma non mancano altri genuini che mostrano i duchi sedere nei tribunali con i loro giudici, assieme ad essi pronunciare la sentenza *una cum G. seu cum praefatis nostris iudicibus rectum nobis esse paruit* (9). Chi pronunciava la sentenza, sia messo o

(1) an. 714; UGHELLI, I, 410, 411: « *Ambrosius maiordomus ex iussione Liutprandi regis directus* ».

(2) an. 715; MURATORI, VI, 367-371, 372-380; TROYA, III, 406, 407.

(3) an. 716; MURATORI, V, 914; *Memorie di Lucca*, V, 2, n. 5.

(4) *Regesto farfense*, II, n. 30.

(5) Non *alamanni*; FUMAGALLI, *Cod. diplom. Santambrosiano*, pag. 18; *Mon. Germ. Leges*, IV, 619; TROYA, IV, n. 632.

(6) FATTESCHI, *Memorie dei duchi di Spoleto*, 267; *Regesto farfense*, II, n. 45.

(7) TROYA, I, n. 295.

(8) Id., III, n. 379.

(9) *Regesto farfense*, II, n. 25; UGHELLI, VIII, 590.

Digitized by Google

del re o duca non aveva alcuna podestà arbitraria ma era legato al giudizio della comunità, e la decisione non era pronunziata da un solo giudice ma da parecchi assessori o astanti (1): an. 753: *Dum resideremus nos T. episcopus, P. et P. gastaldius, A. schuldahisius, G. actionarius, M. S. L. vel aliis plurimis circumstantibus... quod vero iudicatum ego G.* (il notaio) *ex suprascriptorum iudicum scripsi* (2). Chi presiede il giudizio *suos deputavit iudices qui ambarum partium intelligerent altercationes*, cioè dei sculdasci, un notaio *et alios astantes* (3); an. 773: *Notitia brevis qualiter in praesentia ven. G. episcopi* di due *sculdhoris*, di quattro persone *et aliorum circumstantium per iussionem ducis*, e tutti sono indicati col nome di *iudices* (4).

Dunque il popolo partecipava effettivamente ai giudizi, e col concorso di questi giudici si raccoglievano le prove, si esaminavano i documenti, ed essi procedevano alle inchieste, *homines idonei*, cioè scelti. Che se le leggi imponevano a tutti i pubblici funzionari la responsabilità della sentenza (5), ciò era ben naturale, sia perchè essi presiedevano il tribunale, sia perchè essi sceglievano questi *astantes*, *homines idonei*, sia perchè dovevano vegliare che non vi fosse corruzione da parte di questi: ma non erano responsabili quando la sentenza, sebben ingiusta, fosse stata pronunziata sopra un caso non previsto dalla legge, sicchè la controversia era stata decisa *per arbitrium*. Il *missus regis* o il principe siedono coi segni dell'autorità, e muniscono la sentenza col potere di *iurisdictio* ad essi competente e di essi esclusivo; ma la sentenza è formulata dai *iudices astantes* (6), che poi in seguito saranno scelti fra i *iurisperiti* (7) e investiti di funzioni permanenti (8).

8. La presenza di questi *astantes*, giudici del fatto e del diritto, va spiegata anche per la circostanza di dover comporre un tribunale nel quale ad ognuno fosse resa giustizia, compa-

(1) an. 749; FATTESCHI, *op. cit.*, pag. 262; *Regesto farfense*, II, 22 e 25.
(2) *Regesto farfense*, II, n. 34.
(3) an. 761; *Regesto farfense*, II, n. 45.
(4) an. 761; *Regesto farfense*, II, n. 83.
(5) Liutpr., 28; Rachis, 1, 10.
(6) Così vedesi nel *Codex diplom. cavensis*, n. 67, 105, 116, 181, 216.
(7) Id., n. 230, 235, 500, 501.
(8) Id., n. 161, 177, 181, 202, 216, 230, 235.

Digitized by Google

tibilmente coll'osservanza del proprio diritto; e ciò anche in favore dei Romani, per quanto la loro legge potesse prevalere, e in favore delle chiese laddove si dovesse rispettare la legge canonica, che infatti viene letta: in questi giudizi o presiede il vescovo o intervengono sacerdoti come astanti (1), e sempre indicati col nome di *iudices*, cioè partecipanti alla decisione che essi anzi formulavano. Che se trovansi giudicati nei quali di questi assessori non è menzione, e chi presiede il tribunale giudica e sentenzia (2), ciò dipende dal fatto che nessuna istituzione e nemmeno le giudiziarie avevano norme così assolute e rigorose da escludere qualsiasi deviazione. Spesso le circostanze, più spesso il potere arbitrario dei principi alteravano quello che avrebbe dovuto osservarsi, tanto più che l'autorità dei principi tendeva a crescere a danno del popolo. Cotesto accentramento di poteri nelle mani dei principi è visibile nelle trasformazioni cui andò soggetta la costituzione amministrativa longobarda; il che dipendeva dallo sciogliersi dell'antica centena. Prima fu eliminato tutto il popolo dal partecipare ai giudizi, e ad esso si sostituirono alcuni assessori: e questi diedero a Carlo Magno l'idea di quella riforma che compì nel suo impero, sostituendo al popolo dei rappresentanti di esso col nome di scabini.

---

(1) an. 746, *secundum praecepta canonum;* UGHELLI, VIII, 626; an. 772: UGHELLI, VIII, 617.

(2) an. 715: MURATORI, VI, 371-380; an. 742: UGHELLI, VIII, 640.

Digitized by Google

CAPO III.

Ordinamenti giudiziari nella monarchia franca

BRUNNER, *Entstehung der Schwurgerichte*, 1872, pag. 43-126, 397, 438, 469; *Zeugen u. Inquisitionsbeweis der Karoling. Zeit* (nei Wiener Akad. Sitzungsberichte, LI); *Forschungen zur deutsche Rechtsgesch.*, 880 e seg.; *Wort und Form im altfranzos. Prozess* (nei Wiener Akad. Sitzungsberichte, LVII); *Forschungen*, pag. 260 e seg.; COHN, *Justizverweigerung im altdeutschen Recht*, 1876; LEHMANN H. O., *Rechtsschutz gegen ber Eingriffen von Staatsbeamten nach altfränkischer Recht*, 1883; HERMANN, *Ueber die Entwicklung des altdeutschen Schöffengerichts*, 1881; SICKEL, *Entwicklung des Schöffengerichts* (nella Zeitschrift d. Savigny Stiftung zur Rechtsgesch., VI); ID., *Vicecomitât*, 1907; THONISSEN, *L'organisation judiciaire de la loi salique*, 1882; FUSTEL DE COULANGES, *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885; BEAUDOUIN, *La partecipation des hommes libres au jugement dans le droit franç.* (in Nouvelle Revue historique de droit, 1887); SALEILLES, *Rôle des scabins dans les tribunaux caroling.* (in Revue historique, XL, 1889); CICCAGLIONE, *Scabini* (nel Digesto italiano). Oltre SOHM, BETHMANN-HOLLWEG, GLASSON, BEAUCHET, PERTILE, citati.

1. La venuta dei Franchi in Italia non alterò la costituzione giudiziaria stabilita dai Longobardi. Vi fu in alcune parti un progresso dovuto all'iniziativa illuminata di Carlo Magno; in altre non vi fu che cambiamento di nomi: in generale le popolazioni poco avvertirono l'avvento di una nuova dominazione straniera, perchè i Franchi erano un piccolo esercito che nemmeno procedette a quelle spogliazioni di beni attuate con tanta ferocia dai primi invasori. Una legislazione più progredita, più posta sotto l'influenza della Chiesa e poi del diritto romano, vigilò per una più regolare amministrazione della giustizia, meglio determinando le competenze, accrescendo il numero e le attribuzioni dei giudici,

Digitized by Google

rendendo più agile il procedimento, assicurando l'esecuzione dei giudicati: e tutto ciò segnò un progresso che poi fu arrestato da quel frazionamento dei poteri che finì nell'anarchia feudale.

L'Italia fu divisa in *comitatus*, i quali, come prima i *ducati* longobardi, corrispondevano presso a poco alle *civitates* dell'epoca imperiale. A capo di essi stavano i *comites* che avevano l'ordinaria amministrazione civile e giudiziaria, risiedevano nella città ed erano nominati dal re. Il territorio di loro giurisdizione si diceva *iudiciaria* (1). Come il re, anche essi tenevano le riunioni giudiziarie qua e là, ora nella città ora in un vico o villa (2), dove convocavano i liberi anche per le annue riviste militari a cui questi erano tenuti presentarsi. Le popolazioni dovevano non solo preparare gli alloggi pel conte ma per tutto il suo seguito; e per gli inconvenienti che da ciò derivavano, le leggi cercarono ma indarno rimedi.

2. La monarchia franca, monarchia di diritto divino con tendenze verso il potere assoluto, assegnava al re un illimitato potere giudiziario, sopra e fuori delle leggi nazionali che il re poteva mutare, e mutava sostituendo al rigore della legge l'equità di un diritto pretorio. Tutte le cause potevano portarsi *ante regem*, in *praesentiam regis*, *ad palatium* ove ricevevano definitiva soluzione *propter aequitatis iudicium*, *iuste ac rationabiliter*, ispirandosi alla *christianitatis rectitudo vel sancta autoritas* (3). Il re mitigava così le consuetudinarie pratiche, e volta per volta ne prendeva anche occasione per correggere il diritto locale (4), sull'esempio del romano *consistorium principis* (5).

La giurisdizione regia era in concorrenza coi tribunali ordinari. Il re poteva avocare a sè qualsiasi causa, con un ordine, *indiculus commonitorius*, esercitando un *ius evocandi*, per cui cessava ogni altra giurisdizione. Nell'*indiculus* era comandato al convenuto di *emendare* alla richiesta dell'attore, e in caso contrario di venire alla presenza del re *ob hoc integrum et legalem dare responso* (6). La citazione così era condizionata alla disobbedienza

(1) an. 816: LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, I, 688; an. 829: id., I, 675; an. 879: FUMAGALLI, *Cod. diplom. Santambrosiano*, n. 119.

(2) an. 898: LUPI, I, 700; an. 864: FUMAGALLI, n. 116.

(3) HINCMARI, *De ordine pal.*, c. 21.

(4) Capit. 803-813, c. 1, pag. 143.

(5) l. 3, Cod. Theod., I, 2; l. 9, Cod. Iust., I, 14.

(6) an. 901: *Memorie e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1768.

Digitized by Google

all'ordine regio, per la quale si doveva giustificarsi dimostrando infondata la pretesa dell'attore. Colla stessa formalità dell'*indiculus* il re poteva mandare le parti davanti a giudice speciale, al quale poi indicava la norma da applicare nel caso concreto (1).

Il tribunale del re costituiva un privilegio per certe persone: cioè le azioni intentate contro i grandi laici o i vescovi, i conti, i *missi*, i *potentiores*, gli amministratori dei beni regi dovevano essere portate direttamente davanti a questa giurisdizione (2). Tutti i grandi del regno e della corte potevano sottomettere le loro contestazioni al placito regio (3) e certe persone ed enti ecclesiastici ch'erano nel mundio regio e avevano ottenuto speciali *indiculi* godevano dello stesso privilegio, cioè citate davanti al tribunale ordinario, presentando le carte di mundio, declinavano la competenza di questo, e in qualunque stadio del processo potevano far valere il loro privilegio (4), che estendevasi anche ai rappresentanti del fisco, agli investiti di benefizi regi. In vista di questa *reclamatio* tutte queste persone erano esenti dalla ordinaria giurisdizione, dalla quale sfuggivano anche dopo una sentenza pronunziata a loro danno, senza ricorrere alla *blasfematio*, senza cioè dover accusare il giudice di dolo nel giudicare.

3. Di buon'ora le chiese d'Italia poste sotto il mundio regio e provviste di diplomi di immunità esperimentarono questo privilegio. Nel 787 l'abate di s. Vincenzo sul Volturno fa giudicare dal tribunale regio i suoi diritti sopra certe genti di Trita (5): nel 801 l'imperatore Carlo Magno decide una causa in favore del vescovo di Siena (6). Oppure sono cause già decise in Italia davanti ai *missi d. imperatoris*, per le quali le chiese vincitrici mandano i vescovi o gli abati oltre le Alpi al *palatium* per ottenere la conferma imperiale (7). Altre volte sono cause iniziate davanti

(1) Marculf., I, 28.

(2) Capit. 790, c. 7; Capit. de villis, 800, c. 57; Capit. 809, c. 1, pag. 88, 201, 289.

(3) Capit. 812, c. 2, pag. 176.

(4) an. 833: MURATORI, V, 923: *si se beneficii auctoritate reclamaverit.* Cfr. Capit. 884, c. 11: *quod si proclamaverint se ante praesentiam nostram velle distringi potius quam ante comitem... ante nos venire permittatur, ut ibi talis ratio finem accipiat.*

(5) MURATORI, *Rer. it. Script.*, I, 2, 366.

(6) UGHELLI, I, 412.

(7) an. 818: *Regesto farfense*, II, n. 247, 1256; UGHELLI, II, 201; CAMPI, *Storia eccl. di Piacenza*, I, 435.

Digitized by Google

ai *missi* e per ordine regio richiamate al *palatio regio*, dove ricevono definizione completa con minaccia d'incorrere nel banno imperiale se alcuno oserà non rispettare la sentenza pronunciata (1). E in queste occasioni le chiese chiedevano la conferma dei loro privilegi, delle donazioni e di tutti i documenti ch'erano i titoli dei loro possessi.

Al tribunale regio era permesso rivolgersi in tutti i casi di denegata giustizia. Come principio generale, per evitare l'accumularsi delle cause davanti a questo supremo tribunale, i Carolingi stabilirono che una causa non potesse presentarsi al *palatium* se prima non era stata giudicata dal tribunale ordinario. Il capitolare di Mantova del 781 ordina che per tre volte il conte debba essere richiesto di trattare la causa: anche i chierici devono prima richiedere il vescovo, e solo se questi è sordo alla richiesta sia lecito adire al tribunale del re (2). Il diniego di giustizia era prima portato al tribunale del conte e infine a quello del re. I Carolingi curarono che i tribunali inferiori funzionassero regolarmente, anche per impedire che troppe cause affluissero al *palatium*, e stabilirono che questo non giudicasse direttamente i processi di diritto comune, punendo quelli che non si rivolgevano ai loro giudici (3) e respingendo le cause delle persone mediocri (4).

Le leggi parlano *de clamatoribus qui magnum impedimentum faciunt in palatio ad aures d. imperatoris* (5); così si sfollava il tribunale regio e si precisavano le giurisdizioni alle quali i contendenti dovevano rivolgersi. Si dica al popolo *ut caveat de aliis causis se ad nos reclamare, nisi de quibus aut missi nostri aut comites eis iustitias facere noluerunt* (6). Anche sotto queste condizioni di gerarchia, l'accesso al *palatium* non doveva essere ostacolato: anzi dovevano i conti proteggere quelli che volevano ad esso presentarsi: *Si aliquis homo ante nos se reclamaverit, licentiam habeat ad nos venire et nullus eum per fortia deteneat* (7).

---

(1) an. 831, in *Mantua palatio regio*: UGHELLI, V, 717; MURATORI, I, 459.

(2) Capit. 827, c. 15, KRAUSE pag. 12.

(3) Capit. 755, c. 7, pag. 32.

(4) Id.: *si pro istis causis ad Palatium venerit, vapuletur.*

(5) Capit. Aquisgr. 807, pag. 153.

(6) Capit. Wormat, 829, c. 14, KRAUSE, pag. 17.

(7) Pipin. Capit. Aquis., 768, c. 8, pag. 43; Capit. de partibus Saxoniae,

Digitized by Google

Così il tribunale restava aperto per quelli che avevano diritto a ricorrervi.

4. La sua vera funzione era quella di tribunale di appello o per certi processi nei quali era interessato lo stesso prestigio del sovrano, per es., quelli di lesa maestà, di rifiuto al giuramento di fedeltà, di dispregio verso il banno regio (1), oppure per certi crimini gravissimi che turbavano la pace pubblica (2), per il falso nummario. In questi casi s'intendeva che i conti dovessero subito procedere contro i rei e condannarli, e poi inviarli al tribunale regio, perchè la pena fosse ancora aggravata in tal misura da servire di esempio (3).

Come tribunale di appello funzionava anzitutto nelle querele rivolte contro i *missi* e i conti: *De rebus forfactis per diversos comites volumus ut ad palatium pertineant* (4); *Si comes vel actor dominicus vel missus palatinus hoc perpetraverit... ad nostrum iudicium reservetur* (5), però con minaccia di pena grave se il reclamante non provava fondata l'accusa (6). Anche al *palatium* andavano le querele dei servi fiscalini contro i loro capi, ma dopo che si era fatta una preliminare indagine, acciochè *eorum proclamatio in auribus nostris fastidium non generet* (7).

In quanto alle cause di appello, dopo l'istituzione dei *missi dominici* il tribunale regio se ne era in gran parte sgravato, dovendo i *missi* giudicare gli appelli dalle sentenze dei conti, nonchè tutte le cause che il re delegava al loro giudizio (8). Da Incmaro si apprende la grande importanza che avevano i grandi funzionari componenti questo tribunale regio, presieduto dal re o dal

775-790, c. 26, pag. 70: *ut nulli hominum contradicere viam ad nos veniendo per iustitiam reclamandi aliquis praesumat*; Capit. missorum, 801, c. 31, pag. 97.

(1) Capit. missor. gener., 802, c. 34, pag. 97: *si quis... praeterierit mandatum, ad palatium perducatur*; Cap. missor., 792, c. 4, pag. 67: *si fuerint aliquis qui... se propter ipsum sacramentum distulerit... praesentia d. regis illos abducant.*

(2) Karolimanni Capit. 884, c. 2, pag. 371: *si aliquis corrupta pace rapinam exercuerit... ad palatinam adducatur audientiam.*

(3) Capit. Worm. 829, c. 7 K. pag. 11.

(4) Capit. Pipini 790, c. 7, pag. 201.

(5) Capit. missor. 819, c. 1, pag. 289.

(6) Capit. Pipini 754, c. 7.

(7) Capit. de villis 800, c. 57, pag. 88.

(8) Capit. 818, pag. 153; Capit. 829, c. 14.

Digitized by Google

conte palatino, il quale esaminava tutte le cause e ne informava il re solo nei casi gravi: *Comes palatii de omnibus saecularibus causis vel iudiciis suscipiendi curam instanter habebat: ut nec ecclesiastici nec saeculares prius d. regem absque eorum consultu inquietare necesse haberent, quousque illi praeviderent, si necessitas esset, ut causa ante regem merito venire deberet* (1). Il conte cassava i *perversa iudicata* e li sostituiva con altri, provvedendo *propter aequitatis iudicium... iuste ac rationabiliter*. A lui le cause dei poveri, e anche quelle dei *potentiores*, ma dietro ordine imperiale (2). L'affollamento era grande attorno a questa corte migrante attraverso il vasto impero, ospitata ora in questo ora in quel monastero, con grave incomodo e dispendio dei monaci; così che il conte doveva aver cura che i *clamatores*, dopo aver ottenuto l'*indiculus* che li rimandava al loro giudice perchè provvedesse secondo le norme assegnate, dove la legge taceva o secondo i loro privilegi di immunità, *in palatio non remaneant* (3). Accanto al conte palatino stava lo *apocrisarius* con giurisdizione di preferenza nelle cause ecclesiastiche (4).

5. Ma non tutte le cause potevano esser discusse al *palatium*: dovevansi interrogare testi, procedere a *inquisitiones* da svolgersi sul luogo a cui riferivasi la contestazione. In questi casi, ed erano i più, conforme a ragione e a una giustizia pronta ed economica, il re incaricava i *missi dominici* di giudicare. Vedremo come essi fossero investiti di larghi poteri, con un diritto di banno non diverso da quello del re, e come la loro competenza non avesse limiti, e tutte le giurisdizioni dovessero piegarsi davanti al loro tribunale.

6. In quanto alla composizione del tribunale regio, nemmeno fu modificato quello che era al tempo dei Longobardi: il re o il *comes palatii* siede circondato da *iudices*, *fideles*, *vassi dominici* che sono i grandi uffiziali residenti alla corte. Un capitolare ha cura di escludere certe persone vili e infami, istrioni, concubinarii, servi e delinquenti dal comparire *in palatiis nostris ad accusandum et testimonium faciendum* (5). La parola *iudi-*

(1) *De ordine palatii*, c. 18.
(2) Capit. 812, c. 2, pag. 176.
(3) Capit. 810, c. 1; 820, c. 1, pag. 153, 298.
(4) HINCMARUS, *op. cit.*, c. 19.
(5) ANSEGISI, *Collect. can.* in PERTZ, 524.

Digitized by Google

candum non si riferisce a un loro diritto nel formulare la sentenza, ma all'influenza che la loro testimonianza poteva avere nella decisione della causa. Nella trattazione delle cause civili erano chiamati dei *consiliarii*, scelti fra i *causidici*, esperti nei diritti delle varie popolazioni costituenti l'impero franco. Anche quando il re presiede e sentenzia, il giudizio è istruito dai *missi* e da persone incaricate dal re di preparare la sentenza: egli le interroga e secondo il loro parere sentenzia: *Pervenit ipsa contentio usque ad d. Imperatorem qui hoc firmiter inquirere praecepit.... Tunc d. Imperator interrogavit suos consiliarios et episcopos sive abbates et comites et reliquos fideles suos quid facere deberet et quale consilium ei darent.* Gli assessori, così interrogati, rispondono: *Cognoscentes rei veritatem, legis divinae et mundanae instructi iudicamus atque hortamur* (1), appunto come diceva Incmaro che *nobilissimi laici et aequissimi iudices iudicare debebunt* (2).

7. Il placito regio doveva essere tenuto almeno una volta per settimana: *per singulas hebdomadas uno die in palatio nostro ad causas audiendas sedere volumus* (3), e il palazzo era in ogni luogo ove il re trovavasi, in piena campagna, quando il sovrano era occupato in una spedizione militare (4) o quando era in viaggio o a caccia (5). Del resto questi poteri giurisdizionali potevansi dal re esercitare non solo sedendo in tribunale, ma in ogni momento, nelle assemblee generali del regno, *generales conventus* e nei concilii da lui convocati. In queste riunioni più solenni giudicavansi particolarmente i processi politici e le cause di grande importanza (6), e il re vi compariva in tutta la sua maestà e cir-

---

(1) an. 801: TIRABOSCHI, *Storia dell'abbadia di Nonantola*, II, n. 18; an. 820: id., pag. 41; MURATORI, I, 461; an. 833: id., I, 459; UGHELLI, V, 717; an. 850 *generale placitum* di Lodovico II, MURATORI, II, 951; *Codex diplom. Langobardiae* (in Hist. p. monum., XIII), n. 180.

(2) *De ordine palatii*, c. 20. *Opera*, I, pag. 568, 632.

(3) Capit. Aquisgr. 829, c. 15 K. pag. 7.

(4) an. 801: TIRABOSCHI, II, pag. 34: *Cum nos territorium Bononiense a Roma redeundum pervenissimus ibique super fluvium Renum una cum episcopis, abatibus, ducibus, comitibus seu reliquis fidelibus nostris ad universorum causas audiendum vel recta judicia terminanda resideremus*; SALVIOLI, *Ann. di Bologna*, I, 2, n. 10.

(5) an. 860: VAISSETTE, *Hist. gener. de Languedoc*, II, pag. 26.

(6) Capit. 794 c. 10, p. 75.

Digitized by Google

condato dalla sua corte, dai grandi laici ed ecclesiastici, prima trattando gli affari di Stato e poi i processi, trattenendo per sè i più importanti e rinviando gli altri al conte di palazzo o ai *missi dominici* (1). Il re statuiva secondo l'equità e non secondo il formalismo delle giurisdizioni ordinarie. Anche ammettendo che i grandi funzionari della corte presenti alla discussione delle cause avessero la veste di giudici, non si possono assimilare agli *scabini* che vedremo nei processi ordinari, perchè nessuna legge impediva al re che si scostasse dal parere di questi funzionari e non sentenziasse secondo il suo arbitrio. Il potere giudiziario del re era assoluto; egli poteva anche astenersi dal consultare chicchessia. La monarchia franca aveva tendenza di assolutismo, a tal punto che lo stesso conte palatino non era vincolato ad alcuna norma nell'amministrare la giustizia (2). A maggior ragione ciò doveva essere per il re. Così non vi era alcuna analogia fra la corte del re e i tribunali ordinari. Il re era la fonte del diritto e della giustizia; e limitare a lui, che aveva il diritto di grazia, queste facoltà, sarebbe stato negare la sua autorità.

8. Nella costituzione politica franca anche le assemblee generali dei grandi del regno, chierici e laici, erano investite di poteri giudiziarii. Se ne trovano infatti tanto nei territori oltre le Alpi che in Italia col nome di *placita generalia*, a cui intervenivano i *fideles regis*, gli *optimates illustres* ch'erano poi i vescovi e i conti (3) e che avevano il titolo di *consiliarii regis* (4). In queste grandi assemblee erano deliberate leggi, concessi privilegi, decise cause, come si faceva nel regno longobardo. Specialmente le persone e gli enti che erano nel mundio regio si richiamavano a questo supremo tribunale, il quale giudicava tanto in prima quanto in ultima istanza.

9. Si sono spesso menzionati i *missi dominici:* essi si devono distinguere in ordinarii con funzioni generali permanenti sia nell'ordine amministrativo che nel giudiziario, e in straordinarii con funzioni speciali e temporanee. Con Carlo Magno i *missi* divennero una parte organica del governo, veri ispettori generali incaricati di percorrere più volte all'anno le provincie del-

(1) HINCMARI, *De ordine palatii*, 34.
(2) HINCMARI, *De ordine palatii*, 21.
(3) Capit. 825, p. 307.
(4) an. 880: MURATORI, *Antiq.*, II, 928.

Digitized by Google

l'impero per sorvegliare i funzionari locali, farvi sentire l'azione del potere centrale e mantenere la monarchia in rapporti costanti e diretti non solo coi funzionari di ogni grado ma ancora colle popolazioni. Il loro ufficio era amplissimo; la loro sorveglianza doveva riescire di grande efficacia in tutti gli affari, nello stesso modo che il loro intervento nelle materie giudiziarie contribuiva ad assicurare l'ordine e il rispetto delle leggi.

Secondo il capit. del 802, c. 2, i messi dovevano essere scelti *ex optimatibus viros prudentissimos et sapientissimos*, vescovi e laici, ma di tanta autorità e moralità da non essere accessibili alla corruzione (1). Per lo più vi dovevano essere per ogni circonscrizione due messi, uno ecclesiastico e uno laico, per lo più il vescovo e il conte (2), escludendo così i *vassi pauperiores propter munera* e mettendo sopra tutti vescovi, abbati *cum ducibus et comitibus qui iam opus non abebant super innocentes munera accipere* (3). Uno dei primi paesi a ricevere i *missi* incaricati di amministrare giustizia fu l'Italia *per iussionem d. n. Karoli imper. et d. Pippini regis*, che fu divisa in altrettanti *missatica* forse con una qualche corrispondenza alle divisioni in diocesi (4). Il vescovo infatti sorvegliava il conte, lo coadiuvava dove era il caso, ma sopra tutto attendeva perchè la giustizia fosse amministrata *regulariter et pleniter* (5), e nella qualità di *missus* da solo o col conte doveva tenere ogni anno quattro riunioni giudiziarie, a gennaio, aprile, luglio e ottobre (6), convocando a queste assemblee tutti i funzionari più elevati del *missaticum*, che erano tenuti a intervenirvi (7). Solo il servizio del re o la malattia scusavano l'assenza. I *missi* avevano anche il diritto di tenere, nel posto del conte o di uno scabino, il placito ordinario: e inoltre dovevano in ogni visita convocare un placito giudiziario in quattro luoghi diversi *quattuor mensibus in anno missi nostri legationes suas exerceant.... Quattuor in uno mense et in quattuor locis habeant*

(1) c. 1, pag. 91.

(2) an. 840: MURATORI, I, 503; *Memorie di Lucca*, V, 2, n. 564.

(3) Annales Laureshamenses ad a. 803. PERTZ, *Mon. Gem. Script.*, I, 36.

(4) Capit. missorum 802, c. 1, pag. 91; id. an. 819, c. 5, pag. 289.

(5) Capit. 802, 803, 806, 811, pag. 91, 131, 289.

(6) Capit. 811-813, c. 8, pag. 177.

(7) Capit. 811-813, c. 8; Capit. 801-814, c. 5; Capit. 819, c. 29, pagine 177, 45, 291, 310.

Digitized by Google

placita sua cum illis comitibus quibus congruum fuerit ut ad eum locum possint convenire (1). Risulterebbe da questo testo che per otto mesi le assise erano presiedute dai conti: per gli altri quattro invece dai *missi*, che per ogni mese dovevano tenerle in quattro luoghi diversi e convocare in ognuno di questi luoghi i conti del loro *missaticum*. Essi presiedevano dunque le proprie assemblee giudiziarie e anche quelle del conte, e oltre le loro ordinarie imposte dalla legge, potevano convocare altre secondo le circostanze.

In queste assemblee i *missi dominici* accertavansi se le ordinanze regie erano applicate e come procedeva l'amministrazione della giustizia (2); e a tale uopo procedevano a *inquisitiones* col concorso di *boni viri, veraces testes* che dovevano anche riferire sui delitti impuniti, gli scandali tollerati, le prepotenze e le concussioni degli ufficiali: *Si forte episcopus aut comes aliquid negligentius in suo ministerio egerit, per missorum admonitionem corrigatur. Et omnis populus sciat ad hoc eos esse constitutos ut quicumque per negligentiam aut per incuriam vel impossibilitatem comitis iustitiam suam adquirere non potuerit, ad eos primum querelam suam possit deferre et per eorum auxilium iustitiam adquirere* (3).

10. L' imperatore copiava la pratica seguita dalla Chiesa colle visite sinodali, colla *denuntiatio evangelica*: i canoni dei concilii avevano bene disciplinato quest' obbligo dei vescovi di procedere a inchieste e quello dei fedeli di rivelare tutte le violazioni delle leggi e della disciplina ecclesiastica (4). I capitolari franchi alla lor volta prescrivevano: *Inquirant missi nostri ab universis qualiter unusquisque illorum qui ad hoc a nobis constituti sunt, officium sibi commissum secundam Dei voluntatem ac iussionem nostram administret in populo, aut quam concordes et unanimes ad hoc orat* (5). Come si dovesse fare l'*inquisitio* era detto in modo preciso: *Eligantur per singulos comitatus qui meliores et veratiores sunt.* Ciascuno di questi presti speciale giu-

(1) Capit. 811-813, c. 8.

(2) Capit. 811-813, c. 8; Capit. 801-814, c. 5; Capit. 819, c. 28, pag. 177, 45, 291, 310.

(3) Commem. missis 825, c. 2, pag. 308; Capit. Aquisgr. 828, pag. 4.

(4) Capit. 828, c. 3; 829, c. 3, p. 4 e 7.

(5) Capit. 825, c. 4, pag. 310.

Digitized by Google

ramento; poi si istruiscano come debbano riferire su quanto è *ad populi damnum et detrimentum* (1).

Un processo verbale di un placito tenuto nell'Istria nel 804 mostra come si procedeva in queste assemblee. I *missi*, convocate 172 persone di diverse località, dopo che ebbero prestato giuramento, le interrogarono sugli affari ecclesiastici, sull'amministrazione della giustizia, sulla condizione delle vedove e degli orfani e sugli atti di violenza e di oppressione commessi (2). Dopo l'807 cominciano per l'Italia i documenti relativi a processi svoltisi davanti a *missi dominici*; an. 807 due *missi* assieme al vescovo di Rieti, a due sculdasci, a un gastaldo e ad altri astanti, dopo aver fatto giurare le parti, risolvono la controversia in favore del monastero di Farfa e gli danno l'investitura di certi beni (3). A Pistoia nel 812 l'abate di Corbia *missus d. Caroli* assieme a un vescovo, a un duca, a due *iudices*, a un regio notaio, a due abati, a due *missi* di papa Leone, a due scabini e ad altre persone decide una causa (4). A Spoleto lo stesso *missus* con tre vescovi, un giudice regio, con gastaldi e scabini decide una causa del monastero di Farfa (5). A Verona 820 un vescovo *missus d. imper.* con un conte, un *iudex*, un notaio regio e con due *scabini civitatis* in una causa dell'abbazia di Nonantola incarica uno scabino di procedere a un *inquisitio* (6). A Norcia 821 tre *vassi et missi* di Lodovico il Pio, con due duchi, quattro vescovi, due abati, quattro vassi imperiali, sei gastaldi e altri nobili accolgono la richiesta dell'abate di Farfa che in base a un *indiculus* dell'imperatore chiede che sia esaminata una sua causa. La sentenza gli è favorevole, ed ottiene investitura dei beni controversi (7). In una carta del 824 il *missus* dice che tiene tribunale *in servicio d. imperatoris* (8). A Torino nell'827 un conte *missus d. imp.* in *placito publico* assistito da un conte, da cinque *vassi* imperiali, tre *iudices imperiales*, tre *scabini* del conte e tre della città di Torino,

(1) Capit. 829, c. 3, pag. 6.

(2) WAITZ, *Deutsche Verfassungsgesch.*, II, 488.

(3) *Regesto farfense*, II, n. 184.

(4) MURATORI, V, 953; TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, pag. 36; *Codex diplom. Langob.*, 164.

(5) *Regesto farfense*, II, n. 207.

(6) TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, 41; MURATORI, I, 461.

(7) *Regesto farfense*, II, n. 251.

(8) TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, 225.

Digitized by Google

da tre *vassi* di conte, ecc., delibata sommariamente la causa, rimanda le parti al tribunale del conte. Data la *wadia*, al giorno convenuto le parti si presentano a questo tribunale, *in placito publico*, dove il conte siede assieme a *vassi*, a *scavini*, ecc. (1). A Roma *in palatio Lateranensi* nell'829 un vescovo e un conte *missi d. imp.*, alla presenza del papa e coll'assistenza di due vescovi, del *primicerus*, di duchi, abati, ecc. l'abate di Farfa disputa di certi suoi beni, e vince: ma i convenuti si appellano all'imperatore per ottenere un nuovo giudizio (2). A Ravenna nell'838 due *missi d. imp.* assieme a un vescovo *missus s. sedis apostolice*, a tre duchi, a molti *dativi* (*iudices dativi*), a vassi imperiali decide una controversia (3). E la lista potrebbe continuare, e tutti i documenti mostrano un'identica composizione del tribunale dei *missi*, cioè la presenza di *iudices* scelti fra le maggiori cariche ecclesiastiche e laiche. Il *missus* o definisce la causa, pronunciando la sentenza, oppure delega altri per la *inquisitio* (4).

Nei loro placiti i *missi dominici* agivano in qualità di rappresentanti diretti del re, esercitando poteri così estesi quanto quelli di lui: *Unusquisque missorum nostrorum praecipiat in verbo nostro*; *Missos nostros ad vicem nostram mittimus* (5): donde conseguenze importanti per l'autorità delle loro decisioni e della loro competenza la quale è piena e assoluta: «*quidquid de iussione cuilibet praecipere et commendare debent, potestative praecipiant* (6). Agiscono e comandano *de verbo nostro* (7), *ex nostra auctoritate* (8): quindi posseggono il banno regio (9), e la resistenza ai loro ordini è severamente punita (10). I recalcitranti violavano in realtà il banno del re. Il loro potere è superiore a quello del

(1) MURATORI, I, 481.

(2) *Regesto farfense*, II, n. 270; *Codex diplom. Langobardiae*, n. 110.

(3) FANTUZZI, *Monum. ravennati*, II, n. 2.

(4) an. 835: GIULINI, *Memorie spettanti alla storia di Milano*, I, p. 439; *Codex diplom. Langobardiae*, n. 126; an. 838: MURATORI, II, 979; *Memorie e doc. per la storia di Lucca*, V, 2, n. 539; an. 841: MURATORI, II, 977; an. 847: id., I, 527; *Mem. e doc. per Lucca*, V, 2, n. 648.

(5) Capit. 807, c. 3; 809, c. 11; 810, c. 2; 825, c. 4, pag. 135, 152, 155, 309.

(6) Capit. de miss. 810, c. 7, pag. 155.

(7) Capit. Aquisgr. 807, c. 3, pag. 135.

(8) Capit. Aquisgr. 825, c. 4, pag. 309.

(9) Capit. missor. 803, c. 5.

(10) Capit. 810-811, c. 1, pag. 160.

Digitized by Google

conte sia per la competenza, sia in quanto alle persone, sia pel carattere del giudizio che si risolve in un vero appello. Ecco perchè possono ordinare la procedura *per inquisitionem* e rinviare la causa o al tribunale del conte (1) o a quello del re: *Praecipimus missis nostris ut audita eorum contestatione et inquisita rei veritate... nostro iudicio definienda reservarentur* (2); e come l'autorità del conte si ecclissa davanti a quella del *missus* che avoca a sè la direzione del placito: *Cum residisset abbas missus d. imp. per iussionem d. imp. ubi ille comes esse videtur... ab ipso misso fuit iudicatum* (3). Il conte è generalmente nominato nei documenti riferiti, ma accanto ai vescovi e agli scabini. Però egli non deve trattenersi più a lungo del dovere, *diutius*, in quei distretti del conte *qui bene iustitias factas habet* (4), e non percorrere i paesi *sine certissima causa vel necessitate*. Vadano ove risulti *quod eorum praesentia indigeat et sine eorum consilio vel adiutorio emendari non possit* (5).

11. Per l'alta funzione loro i *missi* erano i veri giudici nel caso di denegata giustizia da parte del conte e per l'appello. I capitolari ci danno precise notizie sulla procedura da seguirsi nel primo caso. Chi voleva formulare accuse contro il conte, doveva rivolgersi al re o al *missus*: il conte era citato tre volte, e doveva discolparsi con testimoni o col giuramento (6); se la discolpa non era provata, il *missus* avocava a sè la causa, oppure poteva prender dimora nella sede del conte per vincere la di lui resistenza: *Si vassus noster iustitiam non fecerit, tunc comis et missus ad ipsius casa sedeant et de suo vivant quousque iustitiam faciat* (7).

Qui è fatta l'ipotesi che il conte non renda giustizia *per ne-*

---

(1) *Chartar.* (Hist. p. monum., I, 35): « *Ammonuit ipse missus ut ipsa causa diligenter inquireret* »; MURATORI, V, 919.

(2) FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, 287.

(3) *Chartar.* (Hist. p. monum., I, n. 19).

(4) Capit. 817, c. 24, 25, pag. 289.

(5) Capit. Aquisgr. 825, c. 2, pag. 309.

(6) Capit. mantuan. 781, c. 2: *Unusquisque clamator tertiam vicem ad comites suus se proclamat... Comites scribere faciant... quantas justitias factas habent*, ecc.

(7) Capit. 779, c. 21; 781, c. 2, 3, 4; 819, c. 23, pag. 51, 190, 291: *misso nostro de sua casa soniare faciat usquedum justitiae factae fuerint; de suis rebus vivant, quam diu in eo loco justitias facere debent.*

Digitized by Google

gligentiam aut incuriam vel impossibilitatem: ma se invece si reclama contro la sentenza ritenuta ingiusta? In altri termini il tribunale del *missus* era tribunale di appello?

L'affermativa non è dubbia: testi precisi e numerosi parlano di questo diritto di appello: *cum virtute tollant quod iniuste alteri tulit et reddant illi cuius per iustitiam esse debuit* (1); *iustitiam faciant de rebus et libertatibus iniuste ablatis* (2). Si parla di *emendare causas* e *omnia pravorum comitum seu iudicum* (3) e più precisamente il capit. 819 c. 25 vieta al *missus* di giudicare di causa la quale *adhuc coram comite non fuit*, con che si stabilisce che la giurisdizione del conte rappresenta la prima istanza e il tribunale del messo la giurisdizione di appello, ove *iusta iudicia* hanno fine. In tale qualità siede il *missus d. imp.* nell'806 (4). Nell'811 contro il monastero di Farfa ricorre un prete che non accetta la sentenza pronunziata da altro tribunale (5). Nel 813 è discussa davanti al *missus* una causa in appello, ed è confermata la prima sentenza (6). Tale carattere ha il placito del 824 tenuto da un *missus in servicio d. imper.* (7), il cui tribunale ha la funzione di sgravare il placito regio dalle cause che ad esso affluirebbero. Dal che non si deve concludere che al tribunale dei *missi* potesse portarsi qualsiasi ricorso contro le sentenze dei giudici ordinari, e che il loro tribunale nella gerarchia giudiziaria fosse un tribunale di appello a cui tutti potessero rivolgersi. Anche giudicando con tale qualità, esso restava un foro privilegiato, cioè riservato ai grandi funzionari laici e alle chiese vescovili e ai più ragguardevoli monasteri; e questi esclusivamente riguardano i documenti a noi pervenuti.

12. Nel periodo della dominazione franca in Italia le città ch'erano sedi di conti, erano anche i centri giudiziari della regione; cioè il conte presiedeva come *iudex* il tribunale del suo di-

---

(1) Capit. 810, c. 3, pag. 155.

(2) Capit. 819, c. 1, pag. 289.

(3) Formul. an. 824, in ZEUMER, pag. 296.

(4) MURATORI, I, 973; ZACHARIA, *Anecdota*, pag. 239; BRUNETTI, *Codice diplom. toscano*, II, 1, n. 70.

(5) *Regesto farfense*, II, n. 197.

(6) MURATORI, V, 919; BRUNETTI, II, 1, n. 91; *Memorie e doc. di Lucca*, V, 2, n. 385.

(7) TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, n. 25. Cfr. an. 844: MURATORI, I, 467; an. 850: id., II, 951; *Cod. dipl. Langob.*, n. 154 e 180.

Digitized by Google

stretto ed egli era il giudice per eccellenza, secondo il diritto comune. Nessuna innovazione quindi, salvo quella del titolo, sopravvenne in quello che era stato l'ordinamento giudiziario longobardo. Il conte, il *locopositus*, gli *scabini* furono pel secolo IX e X i giudici nei territori longobardo-franchi, senza alcuna gerarchia fra di loro, malgrado la superiorità del conte in materia amministrativa e militare, e malgrado l'attribuzione speciale di alcune controversie alla giurisdizione del conte per motivo della loro particolare importanza.

Il conte è il giudice in tutto il suo comitato, che può comprendere anche più città: anche in ciò continuavano le istituzioni longobarde che avevano diviso il territorio in ducati. Le leggi fanno obbligo ai conti di tenere *placita in singulis comitatibus*: *Unusquisque comitum placitum suum habeat et iustitias faciat* (1), e s'intende che la sua competenza si estende per tutta la sua circonscrizione amministrativa. La città residenza del conte era anche il centro di amministrazione della giustizia (2), ma il placito comitale riunivasi non solo nella *civitas* ma ancora nei *pagi* e nelle *villae* (3). Suo dovere era *circumire pagum* e presiedere il tribunale nelle località del comitato; e ovunque egli risiedeva, ivi potevano tenersi le sue assisie *in locis ubi mallos publicos habere solent* (4). Le leggi facevano obbligo al conte di trovare un *convenientem locum ubi stationem ad mallum tenendum*, e il luogo doveva essere il più comodo e adatto (5) per le persone tenute a intervenirvi, i contendenti e i giudici del fatto o scabini: *loca bene restaurata* (6). Nella città poi il palazzo del conte doveva essere acconcio per queste riunioni giudiziarie, anche a riparare gli intervenuti dalla pioggia e dal sole: *Volumus ut domus a comite in loco ubi mallum tenere debet construatur ut propter calorem solis et pluviam publica utilitas non remaneat* (7); ma poi

(1) Capit. 811-813, c. 8, pag. 177.

(2) an. 797: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 259; an. 791: *Regesto farfense*, II, n. 154; FATTESCHI, pag. 281; an. 841: MURATORI, II, 977; *Cod. dipl. Langobardiae*, n. 143; *Repertorio diplom. cremonese*, n. 126.

(3) an. 843: *Cod. dipl. Langob.*, n. 150; an. 844: MURATORI, I, 519; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 595.

(4) Capit. Aquisgran. 809, c. 13, pag. 149.

(5) Capit. missor. 853, c. 7, pag. 271.

(6) Capit. Aquisgr. 809, c. 25, pag. 150.

(7) Capit. 809, c. 13, pag. 148.

Digitized by Google

spesso il palazzo era inadatto, e allora il placito tenevasi nella chiesa; il che fu vietato dai concilii e da poi anche dalle leggi (1), dicendosi non essere lecito che in questi luoghi di preghiera, che possono solo essere asilo pei rei *homines ad mortem iudicentur et dismembrentur et flagellentur* (2).

13. I placiti erano pubblici; non potevano tenersi nei giorni di festa, in quaresima, nella settimana seguente la Pasqua. Almeno due volte l'anno il conte doveva bandire la sua assemblea giudiziaria, e questi erano i placiti ordinarii o generali a data fissa; ma altri poteva indire, *placita minora*, pei quali naturalmente occorreva speciale ordine di convocazione. Ai primi erano tenuti intervenire gli uomini liberi indistintamente e non solo quelli che erano possessori di terre di un certo valore, pel fatto che al placito del conte tutti i liberi dovevansi recare per prestare il giuramento di fedeltà e per prendere conoscenza delle leggi promulgate (3). Nessun testo decide in modo definitivo che solo i proprietari fossero chiamati al *placitum generale*, e per ammettere tale opinione si è obbligati a ricorrere ad argomenti di analogia tratti da capitolari che esigono la qualità di proprietari per essere testimoni nei processi relativi a beni stabili (4); ma l'analogia non esiste. Questa condizione richiesta pei testimoni è messa allo scopo di esigere l'ammenda in cui incorre il falso teste. Piuttosto le leggi parlano di un obbligo generale: *Omnes quicumque sine ultra personarum exceptione vel excusatione convenient: ad illa placita omnis homo qui placitum custodire debet et in illis comitatibus commanet sine exceptione conveniat* (5). Certo in questi capitolari si parla di placiti riuniti per la pubblicazione delle leggi, ma erano anche placiti dove pur trattavansi le cause giudiziarie. Vuol dire che al momento in cui essi trasformavansi in tribunale, fra questi liberi accorsi sceglievansi

(1) Capit. mantuan., II, c. 4, pag. 196: *Ut placita publica vel saecularia neque a comite neque a ullo ministro suo vel judice nec in ecclesia nec in tectis ecclesiae circumjacentibus vel cohaerentibus nullatenus teneantur;* Capit. 853, c. 7: *Ut missi nostri praecipiant ne malla vel placita in exitibus vel in atriis ecclesiarum et praesbyterorum mansionibus... tenere praesumat;* Capit. 853, c. 8: *Ut in locis sacratis... judicia publica non exerceantur.*

(2) Capit. 873, c. 12, pag. 344.

(3) Capit. 786, c. 2.

(4) Capit. Wormat. 829, c. 6. K. pag. 7. Cfr. Liutpr., 63.

(5) Capit. apud Carisiac. 857, c. 2, pag. 285.

Digitized by Google

quelli che, avendo il loro domicilio nel comitato ed essendo in grado di meglio conoscere le controversie portate al tribunale del conte, dovevano sedere come scabini e restarvi assieme ai *causatoribus et testibus necessariis* (1). Erano dispensati di intervenire al *placitum generale* i chierici, le persone cui era affidata la difesa dei confini dell'impero, quelli indegni per condanne e gli infami (2): i contumaci all'ordine di convocazione erano puniti per violazione del banno del conte (3).

14. Risulta così che vi era un *placitum generale* a epoca fissa, di breve durata, convocato due o tre volte l'anno, presieduto dal conte, destinato anche alla trattazione di controversie giudiziarie. La sua competenza in materie criminali riferivasi ai grandi crimini da punirsi con pena pubblica (4), in materie civili alle questioni relative alla libertà delle persone; le contese puramente civili, di interesse specialmente privato, la cui soluzione richiedeva da parte dei giudici conoscenza delle leggi, erano riservate al piccolo placito, dove trattavansi le cause minori, quelle delle persone private e non privilegiate, come certe chiese e abbazie, e le cause nate da delitti che finivano coll'applicazione di una composizione. In tali cause il potere di giudicare apparteneva ad uomini speciali, versati nella pratica giudiziaria, nella conoscenza delle leggi e delle consuetudini.

15. Anche per l'epoca franca si deve ripetere l'osservazione già fatta per l'epoca longobarda, cioè la mancanza di regole assolute di competenza. I principii di organizzazione della giustizia non erano così stabili e definiti come sono nelle leggi moderne. Le leggi cercavano d'introdurre unità, uniformità, regolarità; ma l'impero troppo vasto, le popolazioni incivili e ignoranti dei loro diritti, i magistrati più inclini all'arbitrio che al rispetto della legalità, l'ereditarietà delle cariche che faceva la sua comparsa colla conseguente emancipazione dal potere centrale, la rapida decadenza dell'autorità imperiale e della stessa istituzione dei *missi*, il trapasso dei poteri giurisdizionali nelle mani dei conti che si trasformavano in signori feudali, tutte queste cause

(1) Capit. 823, c. 2, pag. 320.

(2) Capit. 755, c. 18; 789, c. 73; 794, c. 11, pag. 36, 60, 64, 75.

(3) Capit. missor. ital. 781-810, c. 12, pag. 207; HINCMARI, *Opera*, II, 224: *Si non venerint compositionem* (*comites*) *exsolvere faciant.*

(4) Capit. Pipini ital. 801-810, c. 14, pag. 210.

Digitized by Google

influivano sopra gli ordinamenti giudiziarii in modo sinistro e specialmente a danno di una regolare assegnazione delle rispettive competenze. Nessun documento ci mostra che fossero sollevate eccezioni sulle facoltà di un ufficiale anche inferiore al conte a definire una qualsiasi controversia.

In conseguenza cause che dovevano essere trattate al *placitum generale* lo erano in quelle riunioni giudiziarie minori che il conte poteva convocare, quando e dove voleva, o affidare ai suoi subordinati, al viceconte, ai *locopositi*, agli *scabini*, che sono tutti giudici pubblici. Le leggi parlano della *iustitia* del conte nel senso di *iudex*, ma le disposizioni devonsi intendere in senso generico, cioè applicabili a tutti gli ufficiali pubblici investiti di funzioni giudiziarie (1). Quindi i diritti e i doveri conferiti al *comes* vanno estesi anche ai minori ufficiali a lui sottoposti e giudicanti in sua vece: per es. non si deve intendere che esclusivamente al tribunale del conte dovessero esser portate tutte ie cause per omicidio e che solo *comes in cuius ministerio res perpetrata est, et compositionem solvere et faidam per sacramentum pacificari faciat* (2), o che solo il conte proceda all'esecuzione sui beni ogni qualvolta sia necessario ricorrere alla forza per l'assenza o la mala volontà del condannato (3).

16. Le leggi si rivolgono al conte e ai suoi *vicarii*. Essendo responsabili della condotta di questi, spiegasi il silenzio delle leggi relative alle funzioni dei *vicarii*, che devono perseguitare i malfattori, reprimere tutte le infrazioni alle leggi civili e religiose, denunziare i colpevoli ai conti: *Ut comites et centenarii ad omnem iustitiam faciendam compellent et iuniores tales in ministeriis suis habeant in quibus securi confident, qui legem atque iustitiam fideliter observent, pauperes nequaquam opprimant, fures, latronesque et homicidas, adulteros, malificos adque incantatores... omnesque sacrilegos... celare audeant... et castigantur secundum legem* (4). Il conte è per mezzo dei suoi vicarii informato di ciò che avviene nel suo distretto, e per mezzo di essi compie le inquisizioni: *Unusquisque in suo ministerio* deve informare

(1) Capit. 801-814, c. 4, pag. 144: *Ut comites et vicarii eorum;* Capit. 819, c. 21, pag. 291: *Ut comites et vicarii et centenarii....*

(2) Capit. legibus addenda 818-819, pag. 284.

(3) Capit. id., c. 11 e 12; Capit. Olon. mandan., c. 23, pag. 330.

(4) Capit. missor. 802, c. 25, pag. 96.

Digitized by Google

il conte [1]. Così nella mente del legislatore la giustizia doveva procedere spedita e l'ordine e la pace poteva dirsi assicurata.

17. Fatta quest'avvertenza vediamo quali obblighi giudiziarii le leggi ponevano a carico del conte: procedere contro qualsiasi violazione dell'ordine pubblico, assicurare la pace nel proprio distretto, catturare i delinquenti o assicurarsi per mezzo di fideiussori che si presenteranno al tribunale e sottostaranno alla pena [2], colpire col banno i contumaci [3], banno fissato in 15 soldi ma che può essere raddoppiato [4]. In alcuni casi eccezionali l'ammenda per violazione del banno del conte era la stessa che per violazione del banno regio, cioè 60 soldi, per la consegna di grandi delinquenti contrastata da *potentes*, per assicurare la comparsa di un ecclesiastico davanti il foro episcopale, per punire quelli che impedivano il ricorso al tribunale ordinario [5]. Così volevasi meglio mantenere la pace e l'autorità del conte. Ma tale estensione di poteri si rivolse contro la monarchia, quando questi funzionari cercarono di rendersi indipendenti.

18. Un capitolare per l'Italia del 782-786 mostra come sotto il conte ogni città avesse il suo *iudex*: *Iudex unusquisque per civitatem*. Il loro nome è di *vicarius*, *vicedominus*, *locopositus*, *missus*, ma anche *iudex*. In Italia trovasi, al principio del IX secolo, sotto l'influenza dell'antica terminologia amministrativa longobarda, l'espressione *centenarius* e non quella di *vicarius*: e poi succede a *centenarius* quella di *locopositus*, *loci servator* [6]. Il capitolare mantovano c. 3 usa anche una formula più larga: *comes et minister suus* e un altro capitolare *duces et eorum iudices*, *gastaldi*,... *seu reliqui ministeriales* [7], persone che il conte *debet sub se constituere* [8].

---

(1) Capit. Aquisgr. 828, c. 3, pag. 46.

(2) Capit. Haristall. 779, c. 11, pag. 49; Capit. Olon. 822, c. 4, pag. 318; Capit missor. 803, c. 4, pag. 115.

(3) Capit. Aquisgr. 809, c. 4; 813, c. 13; Edict. Pistense 864, c. 6.

(4) Capit. leg. addend. 803, c. 2, pag. 112.

(5) Capit. Pipini, c. 3; Capit. 779, c. 9; 785, c. 24; 813, c. 6; 819, c. 4, pag. 31, 47, 70, 171, 295.

(6) an. 786 Lucca: MURATORI, I, 531; BRUNETTI, *Cod. dipl. toscano*, II, 1, n. 26; an. 800 *Memorie e doc. di Lucca*, V, 2, n. 211, 289; n. 235; an. 807.

(7) Karoli ad Pipin. epist. 806-810, pag. 211.

(8) HINCMARI, *De ordine palatii*, c. 10. Cfr. Capit. missorum 802, c. 25; 787, c. 12, pag. 96, 199.

Digitized by Google

I *locopositi* e *lociservatores* delle città italiane, come i *vicarii* franchi, amministravano la giustizia nelle loro sedi. Erano nominati dai *missi* e anche dai conti. Incmaro lo dice: *Comites... timentes Deum et iustitiam diligentes constituere debent... et sub se huiusmodi ministeriales substituant* (1). Prestavano giuramento di adempiere scrupolosamente al loro officio, che era quello di giudice in tutte le cause che non erano di esclusiva competenza del conte. Un capitolare del 812 così ne preciserebbe i limiti rispettivi: *Ut nullus homo in placito centenarii neque ad mortem neque ad libertatem suam amittendam aut ad res reddendas vel mancipia iudicetur. Sed ista aut in praesentia comitis vel missorum nostrorum iudicentur* (2). Un altro capit. del 817 direbbe ancora: *Omnis controversia coram centenario definiri potest, excepto redditione terrae et mancipiorum quae nonnisi coram comite fieri potest* (3).

Dunque il *locopositus* non doveva giudicare le cause criminali punite di morte, bensì quelle punite con composizione pecuniaria. Infatti il *capit. langobardicum* del 802 c. 14 disponeva: *Ut ante vicarios nulla criminalis actio diffiniatur nisi tantum leviores causas quae facile possunt diiudicari et nullus in eorum iudicio aliquis in servitio hominem conquirat sed per fideiussores remittatur usque in praesentiam comitis.* E questo può dirsi era il diritto comune per tutto l'impero (4). Parimenti non doveva giudicare i processi *de proprietate aut libertate;* ma questa disposizione non fu almeno osservata per quello che si riferiva alla proprietà dei beni immobili. Piuttosto è da osservare che vi eran persone alle quali privilegi speciali accordavano che non fossero giudicabili davanti a questi tribunali inferiori: tali erano i vassi regali (5), i vassi e i gastaldi regi, come dice un capitolare longobardo (6), che dovevano essere giudicati o *ante comitem* o *ante regem.*

19. Ma intanto i documenti italiani non concordano con queste disposizioni legislative. Nel 786 il vescovo di Lucca con

(1) *De ordine palatii*, c. 10.

(2) Capit. Aquisgran. 812, c. 4.

(3) Capit. incertum 817 (?), c. 3, pag. 315.

(4) Capit. Aquisgr. 802, c. 13; Capit. episcop. datum 824, c. 8; Capit. 817, c. 10; Capit. legibus addend. 818, c. 13, pag. 96, 284.

(5) Capit. mantuan. 781, c. 13.

(6) Capit. langob. 802, c. 10; Capit. Olonens. 825, c. 1, pag. 96, 330.

Digitized by Google

alcuni *loci servatores* giudica una causa sull'appartenenza di certi beni contestati in seguito al furto dei titoli di proprietà, e in conformità al giuramento di alcuni testi condanna una parte a una pena e conferma il diritto dell'altra (1). Nel 796 davanti al vescovo di Pisa con tre *locopositi* o *scabini* si discute una causa sulla libertà di un chierico (2). Nel 800 davanti al vescovo di Lucca e a un *lociservator* è trattata una causa di eredità (3). Nel 801 tre *lociservatores*, due *scabini* e altre persone col vescovo di Lucca discutono sull'obbligo di un chierico a certe prestazioni (4). Nel 822 due scabini esaminano una causa dipendente da una *carta affeduciati* relativa ad una terra disputata fra la chiesa e un privato: si producono testi e l'attore giura e vince la causa (5). Giudizi non diversi ci mostrano le carte del 822 relative a un processo di terre deciso da un *gastaldio*, da un *locopositus* e da uno *scavinus* a Milano (6). Si litiga nel 828 alla presenza di un *centenarius* e di altre persone (7); nello stesso anno a Camerino alla presenza di un *castaldius*, di molti scabini (8), e nel 838 a Farfa alla presenza di *schuldahis* e di *scabini* (9). È vero che nella maggior parte di questi processi interviene anche il vescovo (10), non tanto perchè fosse fin dal principio del secolo IX investito di poteri giurisdizionali paralleli, concorrenti o succedanei a quelli del conte, quanto per il suo prestigio spirituale, in virtù del quale le leggi gli affidavano di vegliare perchè la giustizia fosse rettamente amministrata. Per l'onore della sua dignità egli anche poteva presiedere il placito, ma giudici erano i funzionari del conte. Sarebbe però contro la realtà storica ritenere che queste sottili e schematiche distinzioni fossero allora fatte e praticate, e che sorgessero conflitti di competenza, quali sono propri del diritto mo-

(1) MURATORI, I, 531; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 211.
(2) MURATORI, III, 1015; V, 312; BRUNETTI, II, 1, n. 45.
(3) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 289.
(4) Id., IV, 2, n. 3; BRUNETTI, II, 1, n. 59.
(5) Id., IV, 2, n. 30.
(6) *Codex diplom. Langobardiae*, n. 98.
(7) FICKER, IV, n. 11.
(8) *Regesto farfense*, II, n. 268; FATTESCHI, n. 48.
(9) *Regesto farfense*, II, n. 282.
(10) an. 844 Lucca: MURATORI, I, 457, 505, 507, 511, 525, 529; III, 168; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 31; V, 2, 595, 648, 661, 698; *Cod. dipl. Langobardiae*, n. 154, 229, 249.

Digitized by Google

derno. Lo Stato germanico se aveva in sè alcuni elementi di ordine, era ancora agli inizi di sua formazione e mancava di quella regolarità che è la caratteristica del nostro Stato. Si può ammettere così la presenza del vescovo in causa della sua dignità, e non come delegato del conte; il che sarà anche reso più evidente quando si mostrerà la funzione degli scabini che sono i giudicanti, mentre quella di pronunciare la sentenza già formulata dagli scabini poteva essere assunta anche dal vescovo, la cui carica è posta dalle leggi franche sempre allo stesso grado di quella del conte.

Queste considerazioni spiegano anche perchè si vedano cause, che per le leggi sarebbero state di competenza del conte, decise da tribunali, nei quali è presente il vescovo, o anche da altri in cui siedono solo *locipositi*, *lociservatores* o *scabini*. I conti occupati in altre funzioni, assenti dal loro comitato per servizio militare o alla corte regia non potevano tenere i loro periodici placiti: avrebbero potuto nominare un *vicecomes*, un *missus comitis;* ma più spesso ne lasciavano il compito ai loro officiali subalterni, assistiti o no dal vescovo.

La monarchia franca era anzitutto una monarchia religiosa, strettamente unita e quasi confusa colla Chiesa: gl' interessi politici ed ecclesiastici non erano in contrasto; i due poteri erano costituiti per appoggiarsi mutualmente. Ecco perchè il vescovo non aveva bisogno di una delegazione del potere centrale per intervenire nei placiti: anche egli, come il conte, era un *iudex*, e la sua presenza teneva luogo di quella del conte, nello stesso modo che, intervenendo questi, gli sedeva accanto, ed anzi ne aveva la precedenza. Questa situazione fondamentale del diritto franco spiega non poche anomalie di esso, le quali indarno si sono volute eliminare dagli storici con artificiose interpretazioni, sofisticando sui testi, in modo ingegnoso ma per lo più arbitrario, allo scopo di trovare regolarità ed armonia dove invece non vi era che l' impulso istintivo di provvedere alle necessità del momento.

20. Per l'Italia può restare ferma la competenza del tribunale comitale pei processi criminali (1), ma non per quelli su

(1) Capit. langob. Pipini 801-810, c. 14: *Ut ante vicarios nulla criminalis actio... sed per fideiussores remittatur usque in presentiam comitis.*

Digitized by Google

diritti reali: i documenti citati non si riferiscono a placiti generali, ma a riunioni giudiziarie tenute da magistrati inferiori. Gli *scabini* e i *boni homines* presenti non sono testi, ma giudici; non assistono pel dovere che hanno i liberi di intervenire ai placiti generali ma per lo speciale ufficio loro assegnato. Essi giudicano o colla presenza del vescovo o di un *vassus* del re o del conte (1), senza la presenza di questo; e anche da soli (2). E questo fu il tribunale, per così dire, di primo grado esistente nel regno longobardo-franco durante il secolo IX.

21. Abbiamo spesso nominato gli *scabini*. Questo nome fu introdotto in Italia colla dominazione franca, e le carte che nominano *scabini*, *scavini* nell'epoca longobarda sono false. Si è visto però che anche in questa epoca esisteva la separazione del diritto di sentenziare da quello di giudicare, cioè di partecipare al giudizio. Il conte o il suo vicario non giudicava; assicurava l'amministrazione della giustizia, convocava il tribunale, lo presiedeva, ne eseguiva le decisioni: ma la sentenza emanava da giudici rivestiti di un carattere officiale e permanente, colla missione di risolvere tutti i processi che non erano di competenza del placito generale. Questo sistema esisteva in Italia cogli *astantes*, e non sarebbe da escludere che Carlo Magno l'abbia copiato dalla pratica longobarda. La prova non può essere data. Certo gli scabini non sono la continuazione dei *rachimburgi* dell'epoca merovingia, uomini presi indifferentemente e al momento fra i liberi della circoscrizione giudiziaria, ma sono un istituto che doveva aver fatto felicemente la sua prova, perchè sorse tutto di un pezzo e disciplinato in tutte le sue modalità.

Carlo Magno vide che spesso il tribunale restava deserto e nell'assenza dei giudici l'amministrazione della giustizia si trovava sospesa. Non essendo possibile costringere una folla di liberi

---

(1) an. 814: *Regesto farfense*, n. 207, sentenza di un *missus regis* coll'intervento di tre vescovi, di tre *scavini* e di un *iudex imperatoris*; an. 815: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 327, 564, 595, 698, 752; an. 818: *Cod. Langob.*, n. 93, 138, 154, 234, 236; an. 880: *Monum. Novalic.*, I, 32; an. 880: MURATORI, I, 435; an. 886: *Mon. hist. p. Chart.*, I, 45; an. 892: BOSELLI, *St. di Piacenza*, I, 286.

(2) an. 822: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, 20; an. 848: V, 2, 61; an. 851: IV, 2, 31; an. 856: *Cod. langob.*, n. 996. E nell'Italia meridionale an. 976: MURATORI, I, 461; an. 1021: *Cod. diplom. barese*, I, 10; an. 1029: GATTULA, *Accessiones*, II, 132.

Digitized by Google

a intervenire egli si accostò al rimedio di far scegliere un certo numero di persone istruite, di provata moralità [1]. La riforma non è anteriore all'800, cioè 25 anni dopo la venuta in Italia. Gli scabini erano dei veri funzionari regi, come i conti, e in diritto si intendevano nominati dal re [2]. In pratica erano scelti dai *missi*: *Missi nostri scabinios, advocatos, notarios per singula loca elegant* [3]; *Missi nostri ubicumque malos scabinios inveniant, ejiciant et totius populi consensu in locum eorum bonos eligant* [4]. Devesi intendere che i *missi* nelle loro ispezioni sceglievano gli scabini; ma più spesso e laddove mancavano, provvedeva il conte.

Il concorso del popolo nella loro elezione è il fatto più importante di questa istituzione per le conseguenze che ebbe, anche se al popolo non fu riservato che il privilegio molto equivoco di approvare la scelta fatta da altri. Certo è che gli scabini esercitarono una vera azione pubblica, un ministero simile a quello dei conti, anche perchè la funzione loro non aveva limiti di durata e la perdevano solo per indegnità o incapacità. Tale permanenza nella carica spiega come conservassero il loro titolo anche fuori del tribunale dove sedevano come giudici, e con tale nome sono menzionati nei documenti ove figurano quali testimoni, od ove compaiono a qualsiasi titolo [5]. È quindi un ufficio di grande distinzione, ambito nelle città, che conferisce una specie di nobiltà, e le leggi chiamano gli scabini *nobiles, sapientes, Deum timentes, mundanae legis documentis eruditi* [6]; titolo quindi di cui onoransi notai [7] e chierici [8].

Gli scabini italiani trovansi non soltanto nelle città, e i documenti ne danno abbondanti prove [9], ma ancora nei vici [10].

---

(1) Capit. missor. 803, c. 3; Aquisgr. 809, c. 13, pag. 115, 150.

(2) Capit. Aquisgr. 809, c. 28, 33, pag. 150, 152.

(3) Capit missor. 803, c. 3, pag. 115.

(4) Capit. Worm. 829, c. 2; Capit. Carissac. 873, c. 9, pag. 6 e 343.

(5) MURATORI, I, 467; II, 979; III, 1018; BRUNETTI, II, 1, pag. 215; FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambrosiano*, pag. 240; *Cod. diplom. Langob.*, n. 154.

(6) Capit. 856, c. 5; 889, c. 9, pag. 280 e 371.

(7) MURATORI, II, 979.

(8) Id.: *clericus et schavinus.*

(9) *Cod. Langob.*, 95, 138, 149, 154, 229, 234, 236, 258, 396; *Mon. hist. patr. Chart.*, I, 45; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, 564, 595, 628, 752; MURATORI, I, 398; II, 977, 965; V, 923; UGHELLI, I, 347; BOSELLI, I, 290; *Cod. farfense*, II, 397; *Monum. Novalic*, I, 28; *Cod. diplom. barese*, I, 10; III, 33; V, 75, 112, 145.

(10) an. 856: MURATORI, I, 507: *scavino de vico Lacense*; an. 857: FUMAGALLI, *Cod. diplom. Santambros.*, n. 74: *scavino de vico Cotonaco.*

Digitized by Google

Così vi erano scabini *de comitatu* (1) e scabini *de vico*, tutti *scabini comitis* nel senso che sono nominati da lui, ma destinati al placito del conte o a quello dei suoi *iudices* (2), e quindi quelli *de comitatu* capaci di poter esercitare le loro funzioni in qualunque parte del comitato e forse anche oltre i confini di esso, quando il tribunale è presieduto da un *missus dominicus* la cui giurisdizione si estende sopra diversi comitati (3). Al seguito dei *missi* stavano gastaldi, vassi, notai (4) e scabini di varie città (5). Il *missus* o il conte con gli scabini *de civitate* o *de comitatu* poteva aprire il suo tribunale in qualunque parte, in qualunque vico anche se non vi erano scabini locali. Perchè gli *scabini de vico* sono l'eccezione. Il conte viaggiava attraverso il suo territorio avendo *secum suos scabinos* (6), coi quali amministrava giustizia. In quanto al loro numero nulla si può stabilire di preciso. Le leggi prescrivevano che almeno sette fossero presenti al placito (7); ma intanto si hanno giudicati con uno scabino (8), con due (9), con tre (10), con quattro (11), con sei (12), con sette (13); e in altri documenti si parla di *pluribus scabinis* senza precisarne il numero (14). Non si può supporre che laddove il numero è mi-

(1) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 1, n. 1166; an. 915: *Chartar*, I (*Mon. hist. patriae*), pag. 34; FUMAGALLI, n. 59, an. 839.

(2) Capit. 789-814, c. 1, pag. 185; Capit. Theod. 821, c. 5, pag. 309.

(3) Placito an. 833 di due vescovi *missi* di Lotario a Siena: vi assistono due scabini di Siena, quattro scabini di Arezzo e due di Volterra, oltre vassi imperiali, Franchi e Longobardi: MURATORI, V, 923. — Placito an. 841 davanti al *missus dom.* a Cremona: vi assistono scabini di Bergamo, Brescia e Parma: MURATORI, II, 977; *Cod. dipl. Langob.*, n. 143; an. 858: MURATORI, III, 1053.

(4) MURATORI, I, 505, 507; an. 848 e 856: ODORICI, *Codice dipl. bresciano*, II, pag. 48; *Cod. dipl. Langob.*, n. 996; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 661.

(5) an. 853: Placito di *missi* a Lucca con scabini di Firenze e di Lucca, MURATORI, III, 168; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 418.

(6) Capit. 821, c. 5, pag. 309.

(7) Capit. 803, c. 20, pag. 115.

(8) MURATORI, I, 973; BRUNETTI, II, 1, n. 70, an. 806.

(9) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 3, an. 801; MURATORI, V, 953, an. 812.

(10) BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, I, pag. 42; an. 806: FICKER, IV, n. 6.

(11) an. 828: *Regesto farfense*, II, 268; FATTESCHI, n. 48.

(12) an. 838: Id., n. 282.

(13) an. 815: MURATORI, I, 537; II, 971; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 12, n. 397; *Chartar.*, pag. 60.

(14) an. 858: MURATORI, III, 1033; an. 864: FUMAGALLI, pag. 367; *Cod. dipl. Langob.*, n. 229.

Digitized by Google

nore di sette, il notaio o *scriba* abbia creduto potersi dispensare dallo scriverli tutti, perchè egli spesso nota i nomi di altri presenti. E allora bastava anche la presenza di tre o quattro scabini? Un capitolare del 825 c. 4 si contenta anche di tale numero: *Habeat unusquisque comes vicarios et centenarios suos secum et de primis scabinis suis tres aut quattuor.* Viceversa un altro capitolare ne richiede dodici (1), nel che si è cercato appoggio per sostenere che in tutto il comitato non vi fosse che un collegio di scabini; ipotesi che abbiamo escluso quando si è constatata la esistenza di *scabini de vico.* Il capit. che parla dei dodici scabini, non si riferisce al funzionamento dei tribunali, ma all'*inquisitio generalis* fatta dal *missus* intorno all'amministrazione e alla giustizia del luogo; dunque non alla costituzione del placito del *missus.* Siccome il capitolare del 825 prescrive al conte di condurre seco tre o quattro *de primis scabinis suis,* il che dovrebbe interpretarsi nel senso di scabini scelti, si potrebbe concludere che anche fra gli scabini erano nate differenziazioni, in guisa che o bastava averne anche pochi *de primis* per giudicare oppure nominavansi solo i primi, lasciando nell'ombra gli altri, e i primi prendevano all'occasione la parola per tutti, così come avveniva nel medio evo nei collegi giudiziarii.

22. Abbiamo detto che il potere di giudicare appartiene non al conte ma agli scabini; il conte li presiede, dirige il processo, interroga i testi, riceve i giuramenti, e infine pronuncia la sentenza decisa in modo definitivo dagli scabini; cosicchè a lui resta affidata l'esecuzione di essa. Anno 815, *Tuito et Aipo loci servatores* con sette arimanni di Lucca, avendo il convenuto riconosciuto di non poter dare la prova, *wadia dare fecimus... et ita renunciavimus* (2); an. 822, *Presidentes nos Taito et Domusdei scabinis in iudicio ad singulorum hominum causas deliberandas, adessent ibidem Teutpertus Gastaldio, Iacobus clericus, et alii plures... Guntelmus rector eccl.*: dopo di aver ottenuto *wadia* da entrambe le parti *cartulam fecimus nobis legere* e decidono (3); an. 841 a Cremona davanti al conte Adalgiso *missus dominicus* col vescovo e cinque ecclesiastici coi giudici di Brescia, Bergamo

(1) Capit. 819, c. 2: *Vult d. imperator ut... comes adducat secum in tale placitum duodecim scabinos si tanti fuerit.*

(2) MURATORI, I, 537; *Memorie e doc. di Lucca,* V, 2, n. 397.

(3) *Mem. e doc. di Lucca,* IV, 2; MURATORI, I, 511.

Digitized by Google

e Parma, dopo di aver fatta l'*inquisitio* interrogando venti testi *tunc nos suprascripti scabinis iudicavimus* (1); an. 845 a Trento in un placito presieduto dall'*iudex palatinus*, come *missus*, assistito da sette scabini, quattro sculdasci, quattro chierici, con un *locopositus* e oltre *vassi dominici tam teutisci quam langobardi*, a richiesta degli scabini se i convenuti possono provare contro l'abate di essersi commendati *per liberos homines* e di *operas facere non de personis suis sed de ipsis rebus ubi resedebant*, e non essendo riescita la prova, gli scabini giudicano in favore dell'abate (2); an. 847 a Lucca davanti al duca Adalberto, al vescovo e a tre scabini svolgesi una causa per certi beni pretesi da una chiesa: la causa è istruita e torna quattro volte al tribunale; alla quarta il gastaldo Aron con cinque scabini, due regi vassi, *nos scabini ad resedentes in iudicio, hic civitate lucana cum episcopo dicte civitatis... ita renunciavimus* (3); an. 848 giudicato pronunziato da tre scabini a Lucca col vescovo, tre gastaldi ed altri (4); an. 853 a Lucca, *cum resedissent in iudicio* il vescovo di Pisa, il marchese Adalberto come *missi d. imp.* e i suoi vassi, con un scabino *urbis Florentiae*, uno scabino *civitatis Lucane*, e altri scabini e un notaio, ordinata l'*inquisitio*, udite le deposizioni dei testi, *ipsi missi mandaverunt ut quidquid nobis* (cioè agli scabini) *rectam apparuisset, renuntiassimus. Et ideo nobis placuit esse rectum, una cum omnibus nobiscum adessentibus ita renunciavimus* (5); an. 875 a Luano, davanti a sculdasius, a tre missi del vescovo di Milano, a sei vassalli, a uno scabino (6); an. 877 davanti a sculdasius, a un vicecomes, con scabini fra cui *Paulo scavino e sculdassio de suo ministerio* (7); an. 880 a Pavia alla presenza del re ... *dum scavinis haec audivisent... rectum apparuit eorum esse et iudicaverunt* (8). E così in tutti i placiti ai quali sono presenti gli scabini.

---

(1) MURATORI, II, 977; LUPI, *Cod. dipl. di Bergamo*, I, pag. 697; *Cod. diplom. Langob.*, n. 143.

(2) MURATORI, II, 971.

(3) MURATORI, I, 527; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 648.

(4) MURATORI, I, 505; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 661.

(5) MURATORI, III, 168; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 698.

(6) FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambros.*, pag. 430; *Codex dipl. Langob.*, n. 259.

(7) BOSELLI, *Storie piacentine*, I, pag. 284.

(8) *Chartar.* (*Mon. h. patr.*), I, n. 37; MURATORI, I, 359.

Digitized by Google

Vero è che in alcuni documenti è anche ricordata la presenza di *plures homines*: *cum resedisset... missi dominici una cum scabinis et aliis plures hominibus — una cum auditores — una cum vassis dominicis, iudices vel plures boni homines* (1), questa è una reminiscenza degli usi o delle formole longobarde. Sembra anche che la presenza loro sia notata quando trattavasi di placiti davanti a *missi dominici*, ma non è escluso che potessero assistere anche ai placiti minori, o nella qualità di giudici uditori, o di semplici assistenti consultati all'occorrenza, col diritto di presentare delle osservazioni, ma senza voto deliberativo. Siccome i liberi dovevano intervenire ai placiti generali, tenuti due o tre volte all'anno, è naturale che la loro presenza fosse notata nei documenti, anche quando in questi placiti, dopo di aver dato comunicazione delle ordinanze regie, si trattavano affari giudiziarii; ma la risoluzione di questi era deferita esclusivamente agli scabini. Almeno tale era la pratica italiana: le sentenze distinguono fra presenti e giudici: *in praesentia aliorum plurium bonorum hominum — praesentibus plurimis bonis hominibus nos iudices renunciavimus, iudicavimus, ordinavimus* (2). In ossequio poi al principio della personalità del diritto, era possibile, anzi indispensabile che sedessero come scabini persone della nazionalità delle parti contendenti, qualora queste fossero sottoposte a leggi diverse. Così con questa composizione mista del tribunale, gli scabini s'illuminavano a vicenda sul diritto delle parti (3); e a questa necessità alludeva una legge di Carlo Magno: « *Ut comites et iudices confiteantur qua lege vivere debeant et secundum ipsam iudicent* » (4). Tale sistema dovè specialmente applicarsi nei territorii a popolazione mista, come l'Italia e la Francia meridionale per la quale sono anche messi in rilievo gl' inconve-

---

(1) an. 833: MURATORI, V, 923; an. 827: Id., I, 481; *Chartar.* (*Mon. h. patriae*), I, n. 19; FICKER, IV, n. 11; an. 840: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 564; an. 841, 845: FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambros.*, pag. 222, 240; *Cod. dipl. Langob.*, n. 154.

(2) MURATORI, I, 507; III, 1033; *Rer. ital. Script.*, II, 2, 294, 965, 954; *Cod. dipl. Langob.*, 98, 149, 154.

(3) an. 880: MURATORI, I, 359; an. 967: FANTUZZI, *Monum. ravennati*, II, pag. 28: *Residentibus cum eis romanorum, francorum langobardorumque atque saxonum alamanorum genus*; *Chartar.* (*Mon. h. patr.*) I, n. 37.

(4) Capit. missorum. 802, n. 48, pag. 102.

Digitized by Google

nienti e le complicazioni nella decisione delle liti (1). Un capitolare dell'801 informa come a Carlo Magno, quando venne in Italia, furono presentate cause sì civili che ecclesiastiche: *pleraque statim recitata ex Romana seu Longobardica lege competenti sententia terminata sunt* (2); il quale principio era rispettato anche nel secolo XI: *causarum... aliae dirimuntur iure romano, aliae vero legibus longobardorum, aliae autem secundum regionis consuetudinem* (3). Per lo più i documenti tacciono sulla nazionalità dei giudici, che i *missi* sceglievano secondo le loro qualità morali ed economiche; ma non mancano gli esempi di giudici di diversa nazionalità secondo quella delle parti (4): e può ritenersi che laddove erano presentate al placito imperiale o dei *missi* cause importanti, allora si sentisse la necessità di avere come giudici persone competenti nelle diverse leggi professate dai contendenti (5). Ma nella maggior quantità delle cause, anche essendo i contendenti di legge diversa, non occorreva la composizione di un tribunale misto, giudicandosi piuttosto in base a consuetudini territoriali e all'equità — *recte nobis paruit* — e praticamente in Italia la questione poteva al massimo essere circonscritta fra le due leggi in contrasto, la romana e la longobarda, e quasi in modo esclusivo in materia di prove. In materie criminali non vi era a distinguere per la nazionalità dell'accusato, essendo le pene pubbliche territoriali.

---

(1) ADREVALDUS, *De miraculis S. Benedicti*, lib. I, parte II, c. 2 (in Acta SS., marzo, III, 368) e in BOUQUET, *Recueil des historiens de la Gaule*, VI, 313: *Colliguntur ab utriusque partibus plurimi legum magistri et iudices qui pro partibus decertarent.... Enim vero longiuscule litera iudicibus protrahentibus....*

(2) Capit. 801, pag. 204.

(3) Lettera di Ubertus de Orto in *Libri feudorum*, II, 1, ed. LEHMANN, 114. Cfr. le Consuet. di Milano, c. 27: *de diversis iudiciis quae interdum iure legum romanarum interdum legibus langob. terminantur.*

(4) Oltre gli esempi citati, v. an. 845 a Trento siedono come giudici *vassi dominici tam teutisci quam longobardi*: MURATORI, II, 971; an. 1136 a Reggio al placito dell'imperatrice Richenza intervengono due *iudices*, vescovi, marchesi, *teutonici, latini, clerici et laici*: MURATORI, VI, 233; UGHELLI, II, 289; AFFAROSI, *Mem. del monast. di S. Prospero*, I, 13.

(5) Causa del longobardo monastero di Farfa risolta nel 1038 dall'imperatore Corrado: *audita controversia quae hactenus inter vos (iudices romanos) et Longobardos iudices versabatur nulloque termino quiescebat*, in *Mon. Germaniae, Constit.* I, 82, e in MABILLON, *Ann. Ord. S. Benedicti*, IV, 704.

Digitized by Google

23. Formulato il giudizio, gli scabini firmavano assieme al giudice che presiedeva e pronunciava la sentenza e al notaio: *Quod iudicaverunt, confirmare sua subscriptione non dissimulent* (1); *Cancellarii electi boni et veraces cartas publice conscribant ante comitem et scabinis et vicarii eius* (2).

Gli scabini firmavano le sentenze assieme al giudice e al notaio: *Quod iudicaverint confirmare sua subscriptione non dissimulent* (3).

24. Delle funzioni estragiudiziarie degli scabini appena qui occorre accennare, solo per spiegare l'importanza della funzione loro e di quella che acquistarono in seguito. Essi apponevano la loro sottoscrizione alle leggi in segno della promulgazione (4), ricevevano i giuramenti (5), facevano testimonianza dei fatti avvenuti nella loro circoscrizione. Nella qualità di giusperiti e per la considerazione di cui godevano, erano assunti dalle chiese e dai monasteri quali avvocati e patrocinatori, e frequentemente sono menzionati come incaricati della trattazione di affari di diritto in via estragiudiziale (6). Ancora spesso scabini figurano esercitare le funzioni di notaio (7), ed anche questo si spiega in un'epoca in cui il notariato non era un monopolio, e tutti potevano redigere gli atti, e le parti sceglievano uomini *litterati*, *legis periti*, come erano appunto gli scabini, uomini istruiti in mezzo agli *inliterati ac barbari iudices* (8).

25. La costituzione giudiziaria longobardo franca fu anche quella applicata nei ducati di Benevento e Salerno. Il potere supremo risiedeva nel duca, che presiedeva i tribunali, incaricava

---

(1) Capit. Hlodov. II, 856, c. 5, pag. 280.

(2) Constit. Olon. 823, c. 12, pag. 316.

(3) an. 820: *Cod. dipl. Langob.*, n. 95, 138, 143, 207, 296, 383, ecc.; an. 824: TIRABOSCHI, *Nonant.*, 25, 28; an. 840: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, 564; an. 853: Id., V, 2, 698; an. 859: V, 2, 698 e 752; an. 880: *Monum. Novaliciens.* I, 32; an. 898: BOSELLI, I, 286; an. 880: MURATORI, I, 435, 441; II, 965; an. 1000: AFFO, *Mem. di Parma*, I, 88; an. 1015: *Cod. farfense*, n. 505.

(4) Capit. missor. 803, c. 19, pag. 116.

(5) an. 847: MURATORI, I, 467, 527; *Memorie e doc. di Lucca*, V, 2, n. 648; *Codex dipl. Langob.*, n. 154.

(6) *Chartar.* (*Mon. h. patr.*), I, n. 37.

(7) an. 924: MURATORI, II, 43.

(8) HEGEL, *Costit. dei Munic.*, 223.

Digitized by Google

i gastaldi o altri funzionari di esperire sul luogo le prove (1), e da solo o coll'assistenza di *iudices*, nome dato ai gastaldi, agli sculdasci e allo *stolesaiz*, una specie di maestro delle cerimonie (2), circondato dai suoi *famuli*, le persone della corte, pronuncia sentenza definitiva (3). Egli aveva intorno a sè vescovi e altri *nobiliores homines* (4). Si può escludere anche pei ducati che vi fossero regole fisse per attribuire al principe il giudizio di questa o quella categoria di cause. Si sa solo che questa giurisdizione del sacro palazzo era considerata come una giurisdizione di favore. Un certo numero di monasteri avevano il privilegio di goderla (5); erano qualificati di *nostra* (6), cioè trovavansi in uno stato di dipendenza speciale, e la protezione loro accordata era ad usura compensata cogli estesi poteri che il duca godeva sopra i loro beni (7).

In quanto al *iudex* che assiste al tribunale palatino la sua funzione non è bene chiarita dai documenti. Alle volte egli pronuncia la sentenza, cosicchè il principe assisterebbe al processo senza prendervi parte: così per es. a. 966 *Dum nos A. iudex Capuanae civitatis exem ante praesentia d. P. principis et ibidem adessent ceteris viris... Nos A. iudex taliter ante nobis haec omnia facta adque perfecta conspiceremus... exinde misimus iudicatum quem tibi notario scribere iussimus* (8). Da altri documenti sembrerebbe che il principe giudicasse in persona, e che le funzioni del *iudex* si limitassero a raccogliere le deposizioni dei testimonii, a fare le inchieste e sorvegliare la procedura (9). E in fatto è da ritenersi che il principe che era il giudice supremo affidasse al

(1) an. 742: UGHELLI, VIII, 740; an. 766: Id., VIII, 613.

(2) *Stolesaz qui ordinat conventum*: *Gloss. cavense*, n. 106; *Mon. German.*, Leges IV, pag. 655. Aveva anche una giurisdizione sui molini: Roth. 150.

(3) MURATORI, *Rer. it. SS.*, II, 2, 385.

(4) *Chron. Vulturnense* in MURATORI, *Rer. it. SS.*, I, 2, pag. 468, 475.

(5) *Chron. Vulturn.*, pag. 388; GATTOLA, *Hist. mon. Cassin.*, pag. 38.

(6) *Monasteria quae ad sacrum palatium pertinent*: *Radelchisii et Siginulfi divisio*, c. 4, 7, 21 in CAPASSO, *Mon. regn. neap. pertin.*

(7) GATTOLA, *Hist. mon. Cassin.*, pag. 53; BORGIA, *Mem. istor. di Benevento*, III, pag. 24. I duchi nominavano spesso gli abati: *Ann. Cassinat.*; an. 986: *Mon. Germ. Script.*, III, 172.

(8) GATTOLA, *Accessiones*, I, pag. 69, 88; II, 132.

(9) *Sicut nobis iustum fuit a d. L. principe ut praedicta testimonia exinde nos reciperemus*: TOSTI, *Storia della badia di Montecassino*, I, 220 e MURATORI, *Rer. ital. SS.*, II, 2, 410.

Digitized by Google

iudex l'esame delle cause, e che il giudicato fosse opera dei suoi *iudices* sedenti nel sacro palazzo *ad singulorum causas definiendas* (1), che formulavano la sentenza (2). Questi assessori o giudici potevano anche non essere funzionari del principe, non rivestire cioè alcun ufficio pubblico ed essere scelti fra privati, essere *legis periti* (3), *nobiliores* scelti dal principe al momento in cui sedeva per giudicare.

26. In quanto ai giudici locali che esercitavano le loro funzioni sia da soli sia collegialmente, questi erano i gastaldi. I ducati di Salerno e di Benevento erano divisi in gastaldati detti anche *iudiciariae* (4), e i gastaldi avevano anche il titolo di conti. I maggiori gastaldati furono quelli di Acerenza, Avellino, Bari, Campobasso, Capua, Cosenza, Lucera, Salerno, Trani. Questi gastaldi amministravano la giustizia civile e criminale nel loro distretto e dovevano catturare i delinquenti (5). Al tempo dei Carolingi presenziava al loro tribunale qualche volta un *missus dominicus*, il che spiegasi coi larghi poteri di cui i *missi* erano investiti.

27. Al secolo X il gastaldo delle maggiori città prese il titolo di *iudex civitatis*, e così avvenne per Capua, per Aquino, per Sessa (6). Anche i gastaldi erano investiti di poteri giurisdizionali e giudicavano o da soli o in presenza del principe (7). Parimenti il conte palatino del Beneventano non è altri che un funzionario del principe, al quale è stata accresciuta la dignità con un titolo copiato dagli usi franchi (8).

Anche le minori località avevano i loro *iudices*, incaricati delle cause minori e della polizia, ed inoltre investiti della funzione di rappresentare gli abitanti al placito del principe e di agire in loro nome (9); funzione importante che mostra in questo ufficiale pubblico il primo tentativo di un'organizzazione amministrativa che si svilupperà più tardi nell'epoca normanna.

---

(1) *Codex dipl. cavens.*, n. 106, 120, 181, 216.

(2) Id., n. 67, 105, 116, 181. Cfr. per le Puglie *Cod. dipl. barese*, I, 10, an. 1021; III, 33; V, 75, 112.

(3) *Codex cavens.*, n. 230, 233.

(4) UGHELLI, X, 461, 435, an. 835.

(5) *Pactio Sicardi*, c. 15.

(6) GATTOLA, *Hist.*, pag. 88, 310; *Chron. Vulturn.*, 506.

(7) GATTOLA, *Accession.*, pag. 69; *Chron. Vulturn.*, 450.

(8) GATTOLA, *Accession.*, pag. 141; *Cod. cavens.*, n. 227.

(9) an. 999: GATTOLA, *Accession.*, pag. 67.

Digitized by Google

28. Al placito assisteva anche un notaio (*cancellarius* o *scriba*: a Benevento *referendarius*, *vestararius*). La presenza di un notaio nei territorii dell'impero franco non era necessaria, perchè chiunque poteva redigere la *charta iudicii*, la *notitia iudicati*, il *iudicium*; il diritto franco non conosceva la distinzione moderna di atti autentici e privati e non faceva differenza fra uno scritto redatto da pubblico ufficiale e quello emanante da semplice privato (1). Invece in Italia esisteva un notariato che collegavasi alla tradizione romana e avente speciali funzioni giudiziarie, che conservò durante la dominazione longobarda e affermò vieppiù sotto la franca; anzi l'esempio italiano di quest'istituzione dettò a Carlo Magno il precetto *ut unusquisque episcopus et abbas et singuli comites suum notarium habeant* (2) che volle esteso a tutte le parti del suo impero. Il notaio o cancelliere rivestì in Italia officio pubblico e permanente: ciò non vuol dire che nei territori longobardi e nemmeno in quelli bizantini esistesse un monopolio di notai perchè tutti, anche le parti stesse potevano redigere i loro atti. Certo erano preferite quelle persone più esperte nella trattazione dei negozi, che conservavano in gelosa custodia i formulari dei *tabelliones* romani, dei quali ripetevano le espressioni consacrate dalla tradizione. Spesso la redazione degli atti era affidata a *magistri*, maestri di grammatica o a chierici, come ai *curiales* nell'Italia meridionale. Ma quando Rachis nel 740 diede speciale preferenza nelle prove ai documenti notarili, crebbe l'importanza dei notai e se ne fece una professione vera e propria; e vieppiù ancora acquistò questa valore dopo che i Franchi fecero precetto che un notaio assistesse ai placiti e scrivesse la sentenza dettata dai giudici e pronunziata da chi presiedeva il tribunale (3). Quindi non era scelto dalle parti, ma nominato in precedenza dal *missus* o dal conte fra i *literati*, gli *eruditi* e gli uomini *bonae opinionis* (4). Il suo intervento serviva ad attestare della sentenza pronunziata, e la *notitia iudicati* acquistava colla sua firma tutti i caratteri di un atto pubblico autentico (5).

(1) SOHM, *Deutsche Reichs- u. Gerichtsverf.*, 527.

(2) Capit. 805, c. 3, pag. 121.

(3) Capit. mantuan. 781, c. 3; an. 822: MURATORI, I, 509: *ex iussione d. episcopi et praenominatorum judicum... dictantibus eisdem iudicibus.*

(4) Hludovici Const. 856, c. 5; Capit. Papiens. 832, c. 13, pag. 59 e 280.

(5) Capit. mantuan. 781, c. 3, pag. 190. Vedi BRESSLAU, *Handbuch der Urkundentehre f. Deutschland u. Italien*, 1915, I, 1, pag. 225; DURANDO,

Digitized by Google

29. Anche il personale subalterno dei tribunali longobardo-franchi fu quello ereditato dal mondo romano: esso costituiva l'*officium* e comprendeva diverse categorie di funzionari, i cui nomi in parte erano tratti dagli ordinamenti militari. L'*officium* del basso impero colle sue diverse categorie gerarchiche, colle sue regole rappresentava la sopravvivenza di quella tecnica amministrativa che fu propria della decadenza romana. Molti nomi perdettero il loro significato originario, e molte infine cariche furono presso i Germani assunte come segni di alta distinzione. Ma non si elevarono i nomi e le cariche minori giudiziarie, e i *custodes*, i *lictores*, i *satellites*, gli *apparitores* restarono alle loro umili destinazioni, che anzi il loro servizio non fu riputato degno di un libero, e quindi essi furono scelti fra le persone servili. Però la esecuzione di una decisione giudiziaria poteva essere dal conte affidata ad uno degli assistenti o ad uno scabino [1]. Su questo punto i documenti italiani non danno notizie: del resto lo stesso sistema di richiedere fideiussori e porre a loro carico l'esecuzione delle sentenze, mostra come i poteri giudiziari di questo tempo mancavano di quegli organi, i quali nei tempi moderni sono il braccio della giustizia.

Tabellinato: leggi romane e mediev., 1897; TARDY, *Tabellions romains jusqué au x siecle*, 1901.

[1] an. 990: MURATORI, II, 959; an. 901: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1768.

Digitized by Google

CAPO IV.

Ordinamenti giudiziari a Roma, a Venezia e nell'Italia meridionale fino al secolo XIII

CALISSE, *Governo dei Bizantini in Italia*, in *Riv. stor. ital.* 1885; CICCAGLIONE, *Istituzioni politiche e sociali dei ducati napoletani*, 1902; GREGOROVIUS, *Storia di Roma nel M. E.*, I; GRISAR, id., 1898; PARAVICINO, *Saggio storico sulla prefettura urbana dal secolo X al XIV*, 1900; MONTICOLO, *Costituz. del Doge, Lincei*, 1910; CECCHETTI, *Il doge*, 1864; ROBERTI, *Magistrature veneziane*, I, 1907; ZIROLIA, *Governo dei Giudici in Sardegna*, 1897; BESTA, *Giudicati sardi*, in *Arch. stor. ital.*, 1901; id., *Sardegna feudale*, 1900; id., *Ordinamento giudiziario del dogado veneziano fino al* 1300 nell'op. *In memoria* di Monticolo, 1915; SOLMI, *Studi sulle istituz. di Sardegna nel M. E.*, 1917; DIEHL, *Études sur l'administr. byzant. dans l'Exarchat de Ravenne*, 1880; HALPHEN, *Études sur l'administration de Rome au moyen-age*, 1907; VIGNEAUX, *Essai sur l'histoire de la praefectura urbis à Rome*, 1896; DECLAREUIL, *Problèmes d'hist. des institutions municipales*, in *Nouv. Revue hist. de droit*, XXV, XXVI, 1901, 1903; GAV, *L'Italia merid. e l'impero bizant.*, trad. 1918; POUPARDIN, *Instit. politiques et administr. des principautés lombards de l'Italie meridionale*, 1907; HARTMANN, *Untersuch. d. Gesch. d. byzant. Verwaltung in Italien*, 1889; MERORES, *Gaeta im fruh. M. A.*, 1911.

1. Anche nei territori che andarono immuni dalle invasioni barbariche non si conservò la costituzione giudiziaria dell'epoca imperiale: e come si alterarono gli ordini politici, così si modificarono i nomi e le competenze delle magistrature. Ciò era richiesto dalle condizioni di civiltà, dalla minore importanza delle liti giudiziarie: semplicità nelle forme rituali, unicità di funzioni, coordinamento della carica politica colla giurisdizionale, ecco quello che anche nei territori romanici, dalla Venezia all'Esar-

Digitized by Google

cato, da Roma, alle Puglie, alle Calabrie, al ducato di Napoli, Gaeta, Amalfi, alla Sicilia e alla Sardegna, caratterizza l'ordinamento giudiziario fino al secolo XIII.

Nell'Italia bizantina il *praefectus per Italiam* o *praefectus pretorio* e l'esarca avevano la suprema competenza giudiziaria (1) e presiedevano il tribunale di appello, nelle cause che venivano dai *iudices ordinarii* o *pedanei* che riunivano nelle loro mani tutti i poteri cioè gli amministrativi e i giudiziarii. Ma tanto il prefetto che l'esarca potevano giudicare in prima istanza le cause civili e le criminali (2), non che le ecclesiastiche (3): e allora erano assistiti da un *consiliarius* o assessore che emetteva anche dei *praeiudicia* cioè dei *decreta* in contese civili (4). Il *consiliarius* decorato dei titoli di *vir eloquentissimus* o *magnificus* (5) sostituiva l'esarca, e dal sec. VII esercitò la giurisdizione civile di prima istanza: e da quel momento l'amministrazione della giustizia passò dalle mani dei funzionari civili a quelle dei militari; i *magistri militum* divennero i funzionari locali dell'ordine civile e giudiziario; e siccome le loro cariche esercitate dall'aristocrazia fondiaria divennero ereditarie, costituendosi una specie di feudalità, così si ebbe in certi luoghi, di buon'ora, una giurisdizione feudale. Questo fatto si verificò specialmente in Sardegna che fu divisa in tanti giudicati amministrati da *iudices*, di nome dipendenti da Bisanzio ma di fatto autonomi e investiti di tutti i poteri civili e militari.

Nell'Esarcato e nei territori che poi costituirono il Patrimonio di S. Pietro, dove le popolazioni si strinsero attorno al papa, senza staccarsi interamente dall'Impero, la giustizia fu amministrata, come a Ravenna, Rimini, ecc., da *iudices* (6), *iudices dativi* (7) e *pedanei* che specialmente incontransi nelle città (8), ed assistevano ai placiti che l'imperatore o i suoi *missi* bandivano, esercitando il diritto di loro alta sovranità (9).

---

(1) GREGORII, *Epist.*, III, 28; VII, 3, 8; X, 52.

(2) *Liber pontificalis*, 126.

(3) GREGORII, *Epist.*, IV, 7; V, 21.

(4) MARINI, *Papiri*, 123.

(5) Id.; GREGORII, *Epist.*, I, 38.

(6) *Regest. sublacense*, n. 154, an. 911, a Tivoli; an. 943: Id., n. 35, *ordinarii iudices* a Subiaco; an. 958: Id., n. 20; an. 994: FATTESCHI, n. 222.

(7) FANTUZZI, *Monum. ravennati*, II, pag. 13, an. 855; V, 262, an. 996.

(8) *dativi sinogallienses, imolenses, faventini*, in FANTUZZI cit., I, 39, 253, 254; II, 14, 27; III, 18; V, 264, 268.

(9) An. 983, 990, 1037; FANTUZZI, I, n. 63, 67; II, n. 32.

Digitized by Google

I *iudices pedanei* quali vicarii dei *iudices consulares* erano preposti a una città: erano da questi nominati ad arbitrio e chiamati a rappresentarli nel loro distretto: in conseguenza non avevano giurisdizione propria. I *iudices dativi* detti anche semplicemente *iudices* e che trovansi in tutte le città dell'Esarcato (1), erano i veri rappresentanti dell'ordinaria funzione giudiziaria (2). Essi giudicavano da soli (3), o sotto la presidenza del *dux*, o poco differenti dagli *scabini* formulavano la sentenza nei placiti imperiali (4). La funzione dei *dativi* era permanente, tanto che conservavano il titolo anche nelle carte dove non figuravano come giudici, ma come testi; e nella gerarchia delle magistrature cittadine essi avevano un posto eminente subito dopo i *duces* (5). La nomina loro veniva fatta dal papa (6), e la loro dignità crebbe quando da questo nel corso del IX sec. la loro giurisdizione fu estesa sopra una città e il suo territorio (7). La più antica menzione di un *dativus* risale all'838 (8); ma la loro introduzione deve essere avvenuta nella prima metà del secolo VIII, quando l'amministrazione civile dell'Esarcato e di altri territori già bizantini passò nelle mani del papa, e l'imperatore trattò questo da vero magistrato. In quel periodo in cui l'autorità imperiale cedeva davanti al crescente prestigio temporale dei papi, gli ordinamenti giudiziari dell'Esarcato si uniformarono a quelli di Roma. I *dativi* sono ancora ricordati in un documento del 1217 (9).

2. A Roma e nei territorii del Patrimonio di S. Pietro la costituzione giudiziaria come la politica subì nel corso del sec. VI notevoli modificazioni in confronto di quella che era stata la

---

(1) FANTUZZI, *op. cit.*; SAVIGNY, I, 209.

(2) an. 975: MORBIO, *Storia dei municipi italiani*, I, n. 31; FICKER, IV, n. 28; an. 983 Roma: MURATORI, I, 381: *taliter ab omnibus judicibus dativis sancitum*; *Regesto sublacense*, n. 185; an. 996 Ravenna: FANTUZZI, V, pag. 262. Cfr. HEGEL, *Costit. dei municipi ital.*, pag. 221.

(3) an. 1005: FANTUZZI, IV, 176.

(4) an. 967 placito di Ottone I e di papa Giovanni XIII a Ravenna: VESI, *Doc. per la storia di Romagna*, I, pag. 293; *Mon. Germaniae, Diplom.* I, pag. 464.

(5) FANTUZZI, I, 218, 251, 253; II, 5, 27, 67, 70; III, 12, 17; IV, 198.

(6) *Codex carolinus*, n. 54, ed. JAFFE, *Biblioth. rerum germ.*

(7) *Dativi Sinogallienses, Faventini, Ferrarienses, Ariminenses, Imolenses*: FANTUZZI, indici.

(8) FANTUZZI, II, 5.

(9) MURATORI, I, 493.

Digitized by Google

costituzione imperiale, pei necessari adattamenti ai tempi ma più per opera delle riforme bizantine dirette a trasformare gli antichi ordinamenti in senso burocratico. Si introdussero a Roma nuove magistrature dai nomi pomposi, quali aveva imaginato l'aulico cerimoniale orientale. La nomina alle cariche era di competenza dell'Esarca; ma non tardarono i papi ad avocarla a se, essi che avevano già la *dicio* della città, la direzione della vita politica, la protezione degli abitanti. Queste magistrature, a cominciare dal *praefectus urbis*, dal *primicerus*, dal *primus defensor* fino ai minori uffici civili e militari, tutte ordinate sui quadri della burocrazia bizantina, però tutte di nomina pontificia, e separate dalla gerarchia ecclesiastica, ebbero a Roma vita secolare.

Accanto ad esse solo sopravisse di romano qualche nome o titolo. Per il resto molte parti della vita pubblica come i rapporti fra i diversi ceti si svolsero con una grande rassomiglianza colle istituzioni dell'Italia settentrionale e centrale, salvo quello che a Roma era possibile per la maggior prevalenza nel suo governo dell'economia monetaria.

Specialmente dopo che i re franchi assunsero la qualità di protettori del papa e a Roma si incoronarono imperatori, un travestimento in senso germanico fece progressi e fu aperta la porta a pratiche meno consone alle tradizioni romane. Tuttavia Roma anche nel medio evo ebbe la sua individualità: la sua storia giuridica non va confusa con quella d'Italia, e gli stessi ordinamenti giudiziari, per quanto tralignati da quelli stabiliti al tempo dell'Impero, portano un'impronta speciale.

Capo supremo dell'amministrazione giudiziaria a Roma e nel Patrimonio era il *praefectus urbis* che fu anche nell'alto medio evo il principale rappresentante dell'autorità pubblica. Egli era il continuatore di quell'alta carica di istituzione imperiale, cui era affidata l'amministrazione della città e del suburbio per cento leghe, la presidenza del Senato, con competenza di appello in tutte le cause civili e criminali. L'abbiamo trovato sotto il governo dei Goti e lo si trova nel secolo X investito degli stessi poteri giurisdizionali (1) e per lo stesso territorio (2): incarcerava

(1) *Liber pontific.*, ed. DUCHESNE, I, 490.

(2) Johan. Sarisburiensis, *Hist. pontific.*, 27, in *Mon. Germ. Script.*, XX, 536.

Digitized by Google

i rei, citava le parti a comparire davanti ai tribunali (1), sedeva in giudizio coi giudici ordinari (2) e dopo il secolo XI coi *dativi* (3). A lui competeva in special modo la giurisdizione criminale e il *bannum sanguinis* (4): e perciò ebbe l'incarico nel 1155 di vigilare alla condanna a morte di Arnaldo da Brescia (5). Era anche investito di giurisdizione civile, in quanto presiedeva i tribunali e pronunciava la sentenza formulata dai giudici (6), non diversamente dal conte franco: come questi dirigeva lo svolgimento del processo, interrogava i testi, citava le parti, ordinava le prove e definiva la causa *cum iudicio iudicum* (7).

Questi giudici erano o *iudices ordinarii* investiti anche di servizi amministrativi, o *iudices dativi* esclusivamente addetti all'esame delle cause. Un documento del secolo X ci dà importanti notizie in proposito. Esso distingue tre sorta di giudici: *Iudicum alii sunt palatini, quos ordinarios vocamus, alii consulares* (*s. consules*) *distributi per iudicatus, alii pedanei a consulibus creati, id est, nostri iudices.... Septem iudices sunt palatini qui ordinarii vocantur. Primicerius, Secundicerius, Arcarius, Sacellarius, ecc.... et Romae clerici sunt ad nullos unquam alios ordines promovendi.... Hi pro criminalibus non iudicant nec in quemquam mortiferam dictant sententiam. Alii vero qui dicuntur consules iudicatus regunt et reos legibus puniunt et pro qualitate criminum in noxios dictant sententiam. Ceterum postquam peccatis nostris exigentibus, Romanorum imperium barbarorum patuit gladiis feriendum, Romanas leges penitus ignorantes inliterati ac barbari iudices legis peritos in legem cogentes iurare iudices creavere quorum iudicio lis ventilata terminaretur. Hi accepta abusiva potestate, dum stipendia a republica non accipiant, avaritiae face succensi ius omne confundunt. Comes enim inliteratus ac barbarus nescit vera a falsis discernere et ideo fallitur* (8).

---

(1) an. 999: *Regesto farfense*, II, n. 437; FEDELE, *Tabular. S. Mariae Novae*, n. 42 (in Arch. rom. di storia patria, XXIV, 176).

(2) an. 1013: *Regesto farfense*, n. 667; an. 1034: *Tabular. S. Mariae in Via Lata*, ed. HARTMANN, n. 63; an. 1071: FEDELE, cit., n. 45.

(3) an. 993, 998: *Regesto farfense*, n. 426, 427.

(4) Vedi la *Notitia* riferita più oltre e pubbl. nei *Mon. Germ. Leges*, IV, 664. Cfr. *Liber pontif.*, I, 490.

(5) Otto Frisig. Gesta Friderici, II, 20: *a praefecto urbis ligno adacto.*

(6) an. 998: *Regesto farfense*, II, n. 278; *Regesto sublacense*, n. 78.

(7) *Regesto farfense*, III, n. 657.

(8) Fu pubblic. da MABILLON e da BLUHME e poi nei *Monum. Germaniae, Leges*, IV, 664.

Digitized by Google

Tralasciamo di parlare dei giudici palatini che nel secolo VII e VIII erano i primi ministri del papa: alcuni seguivano nell'ordine gerarchico il capo spirituale e temporale di Roma e l'imperatore, ed erano investiti di tale autorità che nulla di importante potevasi ordinare senza di essi: chi presiedeva alle imposte, chi pagava le truppe, chi assisteva le vedove e i pupilli, chi distribuiva ai poveri le elemosine, ai chierici i doni. Grande era la loro parte nell'elezione del pontefice e in tutte le lotte intestine di Roma; e nel secolo X divennero anche officiali imperiali e giudici i quali partecipavano anche alla incoronazione dell'imperatore. Tutti questi *iudices palatini* non esercitavano però funzioni giurisdizionali civili nè criminali: e a rimuoverli dall'essere giudici in queste seconde stava la circostanza del ministero ecclesiastico che esercitavano, non potendo come chierici versare sangue: « *Hi pro criminalibus non iudicant*, ecc. » e ciò in ossequio al principio: *Ecclesia non sitit sanguinem*, stabilito dalla patristica antica (1) e confermato dai Concilii senza interruzione. Però assistevano il papa o l'imperatore o un patrizio di Roma quando sedevano in giudizio, formando con altri Romani il supremo tribunale di Roma: an. 829 *in palatio lateranensi* davanti al papa, a due *missi dominici*, a quattro *vassi imper.* oltre vescovi e abbati, presenziano la causa appunto questi *iudices ordinarii* che sono il *primicerus* e il *numiclator* (2); an. 901 davanti all'imperatore, al papa e molti grandi laici ed ecclesiastici, *adstantibus primicerio, secundicerio*, ecc. (3). La loro menzione si fa più frequente nei secoli X e XI: an. 966 placito davanti al *vestarius* con quattro *iudices* (4); an. 998 placito davanti a *missi* dell'imperatore e del papa *una cum praefecto urbis Romae et iudicibus romanis, G. primo defensor, L. arcario, P. P. dativis iudicibus ex parte d. Papae* (5); an. 998 davanti al patrizio e al prefetto *simul cum eis optimates* (6); an. 1011 placito davanti al *patricius* e al *praefectus et iudices Ro-*

(1) AUGUSTINI, *Epist.*, contra Manicheos; ep. XVLIII ad Vincentium; ad Crescentium grammaticum, III, 50; ep. CXXVII ad Donatum.

(2) MURATORI, *Rer. it. SS.*, II, 2, 375; GALLETTI, *Primicerio*, pag. 183; *Regesto farfense*, II, n. 270; *Codex diplom. Langob.*, n. 110.

(3) MURATORI, *Rer. it. SS.*, II, 505; *Regesto farfense*, III, n. 426.

(4) *Regesto sublacense*, n. 118.

(5) GALLETTI, *Primicerio*, pag. 219. I giudici romani decidono *Longobardum non debere iurare sine asto.*

(6) *Regesto sublacense*, n. 78.

Digitized by Google

manorum, videlicet primicerius, sacellarius, arcarius e un *Longobardorum iudex* (1); an. 1027 davanti al papa *adstantibus primicerio, secundicerio, nomenculatore, primo defensore, protoscrinario*, ecc. (2). Più tardi, nel secolo XII, allorchè, rinnovato il Senato, Roma si compose ad una costituzione migliore, questi *iudices ordinarii* divennero un collegio municipale di giudici, senza perciò cessare di essere giudici pontificii, fino a quando i papi tennero la signoria di Roma. Infatti nel secolo XII assunsero il titolo di *iudices* (3) e di *maiores* (4) e presiedevano da soli il tribunale, come facevano anche i *senatores* (5). La loro importanza scemò quando altre correnti politiche si affermarono nello Stato pontificio.

I veri giudici nelle cause civili erano i *iudices dativi*, i quali sotto la presidenza di un *iudex ordinarius* esercitavano le loro funzioni (6), giudici dunque subalterni permanenti destinati ad assistere gli *ordinarii* e ad aiutarli nella decisione delle cause non diversi dagli scabini. Mentre questi erano anche scelti fra persone ecclesiastiche, i *dativi* erano laici, anche essi nominati dal papa e poi dal Senato quando Roma ebbe il suo ordinamento comunale (7). Anche allora si videro dei giudici proporre la sentenza e poi i senatori promulgarla, dopo di averla esaminata e discussa.

3. Nelle città del *Patrimonium* l'ordinamento giudiziario conservò le linee proprie di quello vigente nei territorii che erano rimasti sotto la dominazione bizantina, e pel sec. VI e VII giudici furono i *tribuni* inviati dall'Esarca di Ravenna o scelti fra l'aristocrazia locale. Poi come si venne creando nello Stato bizantino uno Stato pontificio, i *tribuni* furono sostituiti dai *duces*

---

(1) GALLETTI, *Primicerio*, pag. 235, n. 21, 28, 61; *Regesto farfense*, IV, n. 616, 657, 658.

(2) GALLETTI, *Del vestarario*, pag. 14; *Regesto farfense*, IV, n. 637.

(3) *Regesto farfense*, III, n. 492, 502; IV, n. 906.

(4) an. 1073: GALLETTI, *Primicerio*, n. 49 e an. 1107, pag. 295. Cfr. an. 1153: MURATORI, III, 793.

(5) an. 1148: GALLETTI, *Primicerio*, pag. 306, n. 57.

(6) *Regesto farfense*, n. 425, 492, 616, 657, 658: e altri documenti in FEDELE, *Carte dei monast.*; *Tabularium S. Praxedis*, in *Arch. stor. d. Soc. rom.*, XXI, XXII, XXVII, 1898-1904.

(7) GALLETTI, *Primicerio*, n. 21. Vedi HIRSCHFELD, *Gerichtswesen der Stadt Rom von VIII bis XII Jahrhund.*, in *Archiv für Urkundenforschung*, IV, 1912, p. 423

Digitized by Google

e dai *comites*, nominati dal papa, con carica vitalizia. Essi tenevano i placiti nei maggiori centri, circondati dai vescovi e dai *nobiliores*, avendo come assessori i *judices dativi* inviati dai minori luoghi. I re Franchi pretendevano che ai loro *missi* fosse attribuita giurisdizione, oltre gli onori e i vantaggi spettanti ai funzionari papali; vi furono contrasti che finirono con un più decisivo riconoscimento dell'autorità temporale pontificia (1). Da quel momento nei territori della Campagna la giustizia fu esclusivamente amministrata dai *duces*, dai *comites* o dai loro *vicarii* (2), e sotto di essi dai *judices dativi*: i *missi* vi furono eletti di accordo fra papa e imperatore, e anzi al primo fu affidato di esaminare i reclami dei *missi* contro i giudici pontifici (3). Poi questi *duces* divennero dei feudatari, che esercitarono ereditariamente tutti i poteri statali, compresa la giustizia, e i loro sforzi per sottrarsi all'amministrazione centrale papale riempirono la storia del dominio temporale per diversi secoli (4).

4. Gli ordinamenti giudiziari prevalenti nel territorio veneto presentano notevoli affinità con quelli franchi modificati in qualche punto dalla prevalente tradizione romana e dalle consuetudini locali, perchè, sebbene Venezia non abbia fatto parte dell'Impero franco ebbe però a subirne notevole influenza. La procedura veneta si scosta dalla bizantina, e senza essere una riproduzione della germanica, a questa più si approssima come a quella più rispondente alle condizioni culturali delle famiglie viventi sulle isole della Laguna.

Mancano le notizie dei tempi più antichi; ma la ricostruzione dei primitivi ordinamenti giudiziari è stata elaborata sopra i documenti posteriori, con grande ravvicinamento alla verità,

---

(1) I lamenti sono nell'*Epist. Leonis III* in MIGNE, *Patrol. lat.* XCVIII, 532 E come prevalse la politica pontificia risulta dall'altra ep. di Giovanni VIII a Lodovico II, 875 in IAFFE-EWALD, 3011.

(2) An. 1148 « vicarius una cum iudice et consulibus »: *Tabul. S. Mariae* cit. ed. HARTMANN-MEROPES, n. 171, 172, 277.

(3) Così nel Capit. Lotari, 824, p. 323.

(4) TOMASETTI, *Feudalismo rom.* in *Riv. internaz. di scienze sociali*, 1900: *Docum. feudali nella prov. di Roma nel M. E.* in *Studi e doc. di storia e dir.* XIX. 1898; FALCO, *Ammin. papale in Campania. Arch. d. soc. stor. p. romana.* XXXVIII. 1915: HARTMANN, *Grundherrschaft u. Bureaucratie in Kirchenstaate von VIII-XII Jahrh.* in *Vierteljahrsch. f. Sozial u. Wirthschaftsgesch.*, VII, 1909, p. 149, 150.

Digitized by Google

per quanto non lievi siano state le variazioni che subirono nel territorio veneto sì le forme politiche che le giudiziarie. La curia detta *placitum publicum, curtis palacii, iudicium* era presieduta dal *dux* o doge assistito da giudici, e in questa unica curia era accentrata tutta l'amministrazione della giustizia, cioè tanto per le cause civili che per le criminali.

Ma vi erano anche delle assemblee popolari (*conciones, conventus pleni*) nelle quali intervenivano col doge i prelati, i primati, la *multitudo populi venetiarum* per giudicare i maggiori reati, dietro proposte di giudici eletti caso per caso e per esercitare il diritto di grazia. Questa fu la più antica forma di giustizia, a cui seguì una maggiore ingerenza della *curia ducis* negli affari giudiziari: poi venne l'istituzione del *consilium maius* con competenza nelle *causae privatae alicuius momenti tam civiles quam criminales* (1), e del *minus* che esercitava il controllo sull'attività giudiziaria del doge, discuteva con lui delle grazie, definiva la competenza fra le curie che intanto si erano costituite.

5. È certo che nei primi tempi, come nei tribunali longobardi, attorno al doge interveniva il popolo, il quale poteva emettere il suo parere nelle questioni giudiziarie: ma anche a Venezia quest'intervento della *concio* si andò a poco a poco riducendo, restandovi solo i nobili e gli alti ecclesiastici come *residentes*, finchè anche di questi scomparve la presenza nei placiti, nel corso del secolo IX: e ciò dopo che la funzione dei giudici era talmente cresciuta che al doge era rimasta la presidenza, ma i giudici avevano a sè avocata la decisione sia nella causa principale che nelle questioni secondarie, per l'ammissione delle prove, l'audizione dei testimoni, i sopraluoghi, liberi ormai nel loro giudizio. Se l'autorità del doge pencolava verso l'assolutismo, quella dei giudici ne costituiva un freno. Se ancora, al secolo XII è menzionato il *populus*, nell'esordio delle carte, scorgesi anche come sia scomparso il diritto di esso di approvare la sentenza; intervento dunque passivo. Soltanto, se occorreva, era da questa folla, o meglio dai *boni homines* presenti, che sceglievansi i periti, gli arbitri per valutare i beni in controversia, e i testi degli atti giudi-

(1) DANDOLO, cit. da BESTA, *Ordin. giudiz.* p. 255; id. *Appunti per la storia del dir. penale nel Dogado veneto innanzi al* 1232, nella rivista « Filangieri », 1896.

Digitized by Google

ziari. L'attività di questa *concio* come dei *boni homines* assorbita a Venezia dal potere dei dogi e dei giudici, durò più a lungo nei tribunali minori del dogado, e cessò solo quando sorsero consigli speciali e con la suddivisione dell'unica curia in vari tribunali.

Di questi tribunali il più antico è la curia *del proprio* con competenza nel diritto privato, e nel penale ristretta alla istruzione dei processi e alle citazioni: ad essa seguì la curia del forestier sorta nel sec. XIII con competenza nelle cause dei forestieri o *forinseci*, pei quali una speciale curia venne istituita solo nel secolo XII. A Venezia i forestieri erano tutelati dalla pubblica autorità, e si strinsero patti di reciprocità perchè anche all'estero, e specie in Oriente, i sudditi veneti fossero protetti e potessero liberamente commerciare: così a Venezia non potevansi esercitare le private pignorazioni sui beni dei *forinseci*, pena la confisca della cosa pignorata e un bando da pagarsi allo Stato e uno all'offeso. Pronunciata una sentenza nella curia ducale ad istanza di un creditore straniero contro un veneziano, ad essa dovevasi dare sempre esecuzione, e se il debitore non avesse avuto di che soddisfare, *personam illius tradatur forinseco*, nè la esecuzione della sentenza si arrestava, essendo assente il veneziano.

Il tribunale del doge avrebbe avuto anche competenza nelle cause fra laici ed ecclesiastici e in quelle fra ecclesiastici *exceptis vere spiritualibus* come dice il cronista Dandolo [1], quindi competenza nelle cause private, nello stesso modo che la giurisdizione ducale si estendeva sul patrimonio ecclesiastico per es. colle ratifiche delle donazioni e dei vari passaggi di terre alle chiese.

La competenza del doge era soverchiata da quella dell'imperatore, se per caso questi si trovava in territorio veneto, e ciò per la posizione di sovranità assoluta su tutti a lui competente. In tali casi il doge sedeva accanto all'imperatore assieme ai vescovi e agli altri grandi dignitari. Fuori di questo caso il doge era il vero giudice, che interveniva in tutti i placiti, mai delegando ad altri le sue funzioni. Come tutti gli atti civili si compivano *ante presentiam d. ducis*, così era anche degli atti giudiziari. Solo alla fine del secolo XII e per eccezione si trovano placiti

---

[1] *Cron.*, c. 127, in MURATORI. *Rer. ital. Script.* XII; cit. da ROBERTI, *Le magistrature giudiziarie veneziane e i loro capitolari fino al* 1300, I, 1907, pag. 17.

Digitized by Google

presieduti dai vice-dogi, dai legati e dai gastaldi, che siedevano *per mandatum d. nostri incliti Venetiarum ducis ad placita tenenda.* La funzione giudiziaria del doge era quotidiana, secondo l'uso romano, accettato anche nella legislazione longobardo-franca: egli presiedeva il tribunale, dirigeva le discussioni, interrogava, esaminava le prove, le discuteva insieme ai giudici e ai periti e pronunciava la sentenza. Segno del suo impero era lo scettro che teneva in mano. Sebbene l'attività dei giudici fosse rilevante, giacchè non solo assistevano, ma esprimevano il loro parere, e il doge accettava, secondo il suo giudizio quello che gli sembrava migliore, tuttavia si può ritenere che il doge fosse il solo depositario dei poteri giudiziari, come risulta dal giuramento che prestava alla sua assunzione: *studiosus ad rationem et iustitiam omnibus qui eam quaesierint.* Perciò mancava la possibilità dell'appello a un tribunale superiore. La sua decisione era definitiva.

I giudici erano membri essenziali della curia, investiti di funzioni permanenti, cioè non eletti per giudicare occasionalmente in delegazione del doge, ma scelti dal doge per la durata di un anno, ma poi confermati per consuetudine in modo da costituire un corpo permanente che assisteva il doge nell'amministrazione della giustizia. Essi furono istituiti ad imitazione di quei *iudices residentes* che si avevano nelle città dell'Italia settentrionale e centrale, consiglio di persone esperte nelle leggi. « Forse da principio non ebbero quella larga competenza che è dimostrata dai documenti posteriori: non compariscono infatti, come più tardi, in tutti gli atti ducali: dopo il secolo IX sempre più essi formarono, come del resto in tutte le città italiane, una classe a sè, come i notai, nettamente distinta, con funzioni proprie » (Roberti). Cosichè anche a Venezia si costituì un ceto di persone che o per aver coperta la carica o per distinzione, portò il titolo di *iudices.* Alcuni di essi intervenivano ai placiti del doge, in numero variabile, da tre a cinque, e dal doge ricevevano ogni anno donativi.

Anche a Venezia era diffusa la consuetudine di deferire la risoluzione delle controversie ad arbitri eletti dalle parti: e spesso nei contratti inserivasi la clausola compromissoria. Questi arbitrii o *laudatores* avevano la massima libertà: esaminavano i documenti, ascoltavan testi, misuravano terreni. L'osservanza dell'*arbitrium* era posta sotto la salvaguardia del giuramento ed era garantita da penali stipulazioni.

6. A cominciare dalla seconda metà del secolo XII, l'autorità

Digitized by Google

del doge, assorbita in maggiori cure politiche, meno si rivolse alla trattazione delle cause giudiziarie, e in conseguenza si trasformò la curia ducale, nel senso che si ebbe una quasi normale delegazione ai giudici del potere giurisdizionale. Sempre il doge poteva intervenire: ma generalmente egli non presiedeva il tribunale nè pronunciava le sentenze. La repubblica era cresciuta di territori e di potenza: nuovi organi erano stati creati: e la costituzione primitiva era inadeguata alle cresciute esigenze. La stessa funzione giudiziaria non potè continuare nella semplicità originaria, ma ebbe maggiori attribuzioni che vennero distribuite a diverse magistrature. Perciò al secolo XII si ebbero nuove curie: i *iudices comunis* e *advocatores comunis*, il *minor Consiglio*, la curia *de contrabannis*, *de centum libris*, gli ufficiali della *rason*, ecc.: uffici quali incaricati di vigilare sui beni e i diritti del Comune e nello stesso tempo di decidere le cause interessanti il patrimonio del Comune o meglio dello Stato e di esercitare il sindacato contro i funzionari pubblici, quali con competenza per l'applicazione delle leggi suntuarie, quali competenti per qualunque lite, quali solo nelle cause di trasferimento di proprietà. Non si può dire che fossero ben definiti i confini di ogni giurisdizione e che fossero escluse le possibilità di interferenze fra tribunale e tribunale, che anzi questo fu il difetto capitale degli ordinamenti giudiziari non solo di Venezia ma di tutta Italia specialmente nell'inizio dell'epoca comunale. Si è detto come al principio del secolo XIII comparvero i giudici del *forestier*, competenti nelle cause degli stranieri e in quelle *que pertinent ad rationem navium*: ma furono chiamati in seguito *ad omnes et singulas causas vertentia et placita occasione fictuum domorum*, la quale seconda competenza deve spiegarsi col fatto che l'abitare in case affittate era quasi solo proprio degli stranieri che non avevano casa propria. Quindi oltre la loro competenza nelle cause di diritto marittimo, liti fra gente di mare, cause di noleggio, di vendita e rattoppi di navi, di stallie, di avarie, getto, naufragio, ne ebbero in materie interamente estranee al mare.

7. Per la cresciuta mole di affari altre curie nacquero attorno alle esistenti e furono: quella dell'*esaminador*, incaricata di procedere all'esame dei testimoni nelle cause civili, al visto degli atti di morte e all'autenticazione delle copie dei documenti; quella del *piovego* o *super publicis* a cui era affidata la sorveglianza delle rive, dei canali e delle vie, la rivendica dei diritti del Comune e

Digitized by Google

anche divenne competente nelle cause derivanti da contratti usurari, e quindi ebbe a esercitare la repressione dell'usura. «La loro competenza colpiva Veneziani e forestieri: questi venivano espulsi, quelli stridati. Erano ammesse le denunzie segrete. Per sostenere l'accusa richiedevansi di regola due testi: bastava anche un teste; ma in tal caso il teste o l'accusato venivano citati con giuramento a discrezione dei giudici. Gli usurai perdevano capitale e interesse: il patto usurario di mutuo o di pegno veniva dichiarato nullo e dai giudici tagliato» (Roberti).

Sorse anche in questi tempi la magistratura *dei signori di notte*, incaricati della polizia notturna e poi con larga competenza in materia penale nei reati di sangue, contro la proprietà e l'onore, di stregoneria, di gioco, ecc.

Ma ancora crescendo il numero delle cause, le antiche magistrature, incapaci di risolvere con celerità i piati ad esse portati, vennero sdoppiate e altre create; così nacque la curia *del mobile* pei piccoli debiti, quella del *procurator* per le cause pupillari e di alimenti, quella del *contrabbando:* si ebbero i *domni de pace, de nocte,* ecc., aumentando così i conflitti fra le varie curie che erano dodici alla fine del dugento, specialmente per la insufficienza di lor norme regolatrici. Ad ogni curia erano addetti tre giudici, e almeno due dovevano prendere parte alla formulazione e pronuncia della sentenza perchè fosse valida.

Le sentenze pronunciate erano subito esecutive non esistendo appello: la Signoria poteva soltanto avocare a sè la trattazione della causa spogliandone la magistratura che sarebbe stata competente.

Nei centri minori la giustizia era amministrata dai podestà; nei paesi stranieri da messi inviati e nelle terre di Oriente da curie speciali presiedute dal rappresentante del doge, col consiglio di sei sapienti. Sul modello dei tribunali veneti furono istituite curie pei Veneziani residenti nelle colonie venete orientali, dove la giustizia era amministrata dal console con procedura identica a quella della madre patria e con competenza larghissima sulle persone e i beni dei Veneziani colà residenti, sulle navi e il carico loro e il trasporto dei pellegrini, sui marinai, ecc. Venezia aveva ottenuto privilegi per le sue colonie, fra questi il riconoscimento dell'autorità consolare e della esecuzione delle sentenze pronunciate dai consoli veneti.

8. Le parti dovevansi personalmente presentare in giudizio: solo

Digitized by Google

nel secolo XI si ha notizia di avvocati, rappresentanti e difensori dei diritti delle parti. « La libera facoltà di mandare altri a sostenere le proprie ragioni cominciò, forse, a rendersi generale mediante l'uso comune che le chiese e i monasteri comparissero dinanzi al doge insieme con un loro *advocator* » (Roberti). Poi vennero le donne, e così la rappresentanza in giudizio divenne generale, e resa più complessa la procedura si formò una classe di esperti nella pratica del foro, che come professione esercitavano l'avvocatura cioè la difesa delle parti contendenti, le quali erano così dispensate dal presentarsi in giudizio. L'avvocato poteva fare le citazioni, i sopraluoghi, le perizie.

Gli atti giudiziari erano rogati dai notai, che nei tempi antichi erano chierici, l'arte notarile essendo stata a Venezia monopolio loro. Un notaio doveva assistere a tutta la discussione giudiziaria che veniva riassunta nel documento, la *cartula securitatis*, che era rilasciata a richiesta della parte vincitrice. Oltre il notaio erano presenti al placito altri ufficiali minori, detti ministeriali, o riparii e talvolta anche gastaldi.

9. Anche in Istria le cause criminali erano portate ai placiti generali, vere assemblee di popolo. Pel resto si mantennero anche sotto la dominazione franca, le forme di governo proprie dei tempi bizantini come l'attestano i nomi di *tribuni*, *vicarii*, *loci servatores* (1), che poi cedettero il posto ai giudici dei signori feudali. Pola più a lungo conservò le istituzioni romane, cioè quando nelle altre città istriane funzionavano giudici scabini (2).

10. Nei ducati di Napoli, Gaeta, Amalfi la costituzione giudiziaria di Giustiniano subì non poche modificazioni. I *duces* che avrebbero dovuto esercitare i poteri giurisdizionali soltanto nelle cause civili e criminali quando le due parti fossero militari (3), estesero talmente la loro autorità da divenire i giudici in tutte le cause anche di prima istanza e i soli giudici di appello (4): così decidevano sulla validità di un testamento o su usurpazione di

(1) An. 847, 933: KANDLER, *Cod. dipl. istriano*, 5.

(2) An. 933 a Pola: an. 933, 991 a Trieste, Pirano. Parenzo, ecc. doc. in KANDLER e BENUSSI, *Nel medioevo, pagine di storia istriana*; 1897 pagine 586 686.

(3) l. 6, Cod. Iust., III, 13.

(4) GREGORII, *Epist.*, I, 61.

Digitized by Google

beni (1), e pronunciavano pene afflittive (2). Altre volte intervenivano col vescovo, il *defensor civitatis*, e colle autorità municipali a risolvere controversie (3), come anche sedevano accanto al vescovo e al suddiacono pontificio in cause ecclesiastiche (4). Pari di grado ad esso non vi era alcun funzionario civile o militare, salvo il vescovo, nello stesso modo che nella società non esistevano che tre grandi categorie di persone, il clero, i nobili e i militi.

Sotto i *duces* che sono anche chiamati *iudices* (5), stavano i veri *iudices* ordinarii di cui Gregorio I lamentava così spesso la rapacità (6). Essi vengono da lui chiamati *iudices saeculares* (7) e *civiles* (8) per distinguerli dai *militares*. A Napoli perdurarono quegli ordinamenti giudiziarii a cui allude Cassiodoro e che sono quelli imperiali: e in tutta la Campania la sentenza assunse la forma seguente: *cum in placito resedebat d. Comes, dux, episcopus cum iudicibus per singulorum omnium causas audiendum et iusticia faciendum vel deliverandum intenciones... et erat cum eis boni hominibus... et alii plures... de ex dictum de suprascriptis iudicibus vel vonis hominibus hanc notitiam iudicati* (*notarius*) *scripsit* (9). La parte del giudice è così precisata.

In processo di tempo tanto l'autorità del duca napoletano crebbe che i giudici spesso nemmeno erano nominati nelle sentenze. Poichè egli era il vero magistrato, così bastava che le sentenze fossero pronunziate nel nome di lui (10). In molti casi vedesi il duca dirigere la discussione e sentenziare (11): ma siccome il suo territorio era esteso, così anche spesso era costretto delegare a *boni homines* l'esame delle cause e la loro decisione (12).

---

(1) GREGORII, I, 48.
(2) Id., I, 48; MURATORI, I, 150.
(3) Id., IX, 69.
(4) Id., X, 41.
(5) *Judices Campaniae, Samnii*, ecc.: GREGORII, *Epist.*, I, 6; II, 38.
(6) E raccomanda piuttosto di comporre le liti. Cfr. V, 39.
(7) *Epist.*, V, 32, 39; VI, 61; X, 10.
(8) Id., XIII, 50.
(9) GATTOLA, *Hist.*, I, 140, an. 989.
(10) an. 932: *R. Archivii neapolit. monum.*, I, n. 16; an. 937: Id., n. 36; CAPASSO, *Mon. ad neapol. ducatus pertin.*, n. 13, 21, 73.
(11) an. 957: *tunc iudicant inter eos d. Ioannes dux et talem dedit iudicium*: *Cod. diplom. caietan.*, n. 54.
(12) an. 981: Id., pag. 146.

Digitized by Google

Questi erano incaricati volta per volta, perchè a Napoli il duca non era assistito nella gestione degli affari da un consiglio permanente. Queste deleghe poi divennero normali per le cause minori, cosichè al duca restò riservata la trattazione delle cause civili più importanti, specie quelle riguardanti chiese e monasteri, nonchè delle cause criminali che importavano la pena capitale. E questa divisione delle competenze perdurava ancora quando i Normanni introdussero i loro ordinamenti giudiziari.

Intanto questi giudici delegati allargarono le loro attribuzioni e a poco a poco ebbero anche una certa stabilità, il che desumesi dal vedere i loro nomi comparire a piè delle sentenze o di altri atti di giurisdizione volontaria, e ciò con molta frequenza. Ormai essi vengono chiamati *iudices* e *iudices publici* (1), sono chiamati *ad iudicandum* (2), rilasciano le *chartulae securitatis*, e le loro sentenze mostrano come una specie di giuria si fosse introdotta nel Napoletano, rappresentata dall'intervento di questo ceto di *boni homines* e dalla loro partecipazione al giudicato. I *iudices* possono anche decidere da soli: *sic nobis iudicatum fuit* (3); ma spesso la loro decisione avviene *per colloquium bonorum hominum, per loquentia bonorum hominum* (4), ossia di quelli che per censo, dottrina, considerazione pubblica si elevavano sopra la plebe.

11. Nè diverso era l'ordinamento giudiziario ad Amalfi e Gaeta. Anche qui il potere giudiziario era come il politico nelle mani dei *duces*, *hypati* o del *praefectus*. A Gaeta era il duca quegli che presiedeva il tribunale, pronunciava le sentenze, rilasciava le *chartulae securitatis* (5), e solo in via di eccezione quando era impedito, oppure quando desiderava non presenziare al placito delegava a un giudice le sue funzioni (6). In via normale il duca

---

(1) *R. Arch. neapol. monum.*, III, n. 228; CAPASSO, n. 276, 313.

(2) Id., IV, n. 291, 292; CAPASSO, n. 354, 356, an. 1014.

(3) an. 937, 952: *R. Arch. neapol. monum.*, I, n. 29, 66; CAPASSO, *o. c.*, n. 38, 80.

(4) an. 956: *R. Arch. neapol. monum.*, I, n. 74; CAPASSO, n. 92.

(5) an. 867, 937: *Cod. diplom. caietan.*, n. 13, 39.

(6) an. 1058: *duci erat fastidiosum quia ex utraque partes diligebat.... Proinde me iudex vocavit et coniuratio me nimium per suam fidelitatem constrinxit*: *Cod. diplom. caietan.*, n. 207; E nel n. 262: *et post multas et varias lites iam d. princeps precepit iudicibus secundum quod eis iustitiae accomodaret sine dilatione iudicare.*

Digitized by Google

siedeva nel tribunale (1), e i giudici che si incontrano così numerosi nei documenti privati (2), di rado son menzionati nei placiti (3), e se lo sono, non è chiarita quale parte attiva vi prendessero. Ad Amalfi invece i *iudices* acquistarono una posizione più importante e intervenivano in tribunale assieme ai *parentes* del duca (4).

Non diverso si presenta l'ordinamento giudiziario nel ducato di Capua, ove tutti i poteri si assommano nella persona del duca giudice supremo. Siede nel tribunale il *princeps* o anche la *principissa*, assistiti dal vescovo. Se il *iudex* è interrogato sulla legge da applicare, la sentenza è pronunciata dal *princeps* (5). Ma verso il mille il *iudex* riceve una giurisdizione delegata, e così lo si vede decidere da solo le cause anche se riguardano monasteri tanto importanti, come quello di Cassino (6), con quella stessa pienezza di facoltà che egli adopera quando il tribunale è presieduto dal *princeps*: il quale naturalmente può prender parte attiva al processo (7), e invece di un solo giudice può incaricarne più (8).

Nelle Puglie, al tempo in cui i duchi di Benevento estesero la loro dominazione, gli ordinamenti giudiziari assunsero le forme proprie del diritto longobardo-franco, col *dux* o col *iudex* che presiedeva assistito dagli *adstantes*, *boni viri* (9), i quali probabilmente non erano che quei *viri nobiles* che assistevano il *iudex* e il *basilicos critis* al tempo della dominazione bizantina (10). Di questa i suddetti duchi conservarono gli uffici amministrativi e i giudiziarii, o almeno i titoli come poi fecero anche i Normanni, e quindi si vedono i *catapani*, i *candidati*, i *turmarchae*, gli *stratigoi*, gli *spatarii* e i *prosopi* presiedere i tribunali e sentenziare coll'assistenza di *iudices* (11).

---

(1) an. 945, 957, 958: Id., n. 47, 48, 54, 56. E nel n. 121: *et inde nostro seniore cum proprio ore talem inter nobis firmabit*. Cfr. i nn. 162, 187, 297.

(2) Id., pag. 72, 114, 117, 119, ecc.

(3) an. 983: Id., n. 61; an. 992: Id., n. 90.

(4) an. 1055 *iudices et parentes* del duca; CAMERA, *Memorie storiche di Amalfi*, II, 23, 24. FILANGIERI-CANDIDA, *Codice dipl. amalfit.* 1981.

(5) MURATORI, *Rer. it. SS.*, I, 2, 468.

(6) an. 1029 e 1035: GATTOLA, *Accession. ad histor.*, I, pag. 124, 132.

(7) an. 1033: Id., I, pag. 123.

(8) an. 1089: *Cod. dipl. caietan.*, II, n. 362.

(9) *Cod. dipl. barese*, I, 10, an. 1021; III, 33.

(10) Id., IV, 13, 35, 45.

(11) Id., VIII, n. 2, 10, 13, an. 1010, 1035, 1051; I, 14; IV, 21, 30, 31, 32, 74, 84, 153; an. 1016, 1050; *Cod. dipl. di Consersano*, 41, an. 1053; 44, an. 1075.

Digitized by Google

Lo stesso si nota nelle Calabrie dove il *catapano* era giudice, e funzioni giudiziarie esercitavano il *protonotarius* e il *cartularius*. Qui come in Sardegna e in Corsica la tradizione romana aveva a lungo resistito, e dalle lettere di papa Gregorio I ricavasi qualche notizia come fosse amministrata la giustizia in queste regioni. La Sardegna era unita all'Africa ed era sottoposta a giudici africani (1): i *duces* erano preposti alla milizia, i *iudices* alla trattazione delle cause (2), giudici violentissimi che esigevano premi da quelli che sacrificavano agli idoli (3), *iudices layci* (4), così chiamati per indicare la loro pubblica funzione.

12. La Sicilia fino alla dominazione araba fu regolata dagli ordinamenti giudiziarii giustinianei, che furono travolti dalla dominazione araba, la quale se non sottopose i Cristiani alla giurisdizione degli Emiri e dei Kadi, che erano i giudici dei Maomettani, nemmeno lasciò che gli indigeni mantenessero le loro antiche istituzioni di origine romana. Questi non ebbero alcuna autonomia politica o comunale, essendo nella posizione di sudditi o umiliati, tenuti a pagare la *gizia* per le loro persone e l'*harag* pei loro beni. In tale condizione giuridica nel seno delle comunità cristiane si erano costituiti degli arbitri che decidevano le controversie, senza che le loro sentenze potessero avere esecuzione, se una parte si fosse opposta. Forse i vescovi e i capi ecclesiastici adempivano a questa funzione. Gli Arabi poi sottostavano alla giurisdizione suprema dell'Emiro che aveva gli stessi diritti del Califfo, fra cui quello di vegliare all'amministrazione della giustizia, eleggendo il *gadi* o *cadì* in ogni circonscrizione importante e gli *hakin* nei singoli luoghi. Anche gli Ebrei in via di privilegio furono giudicati dai loro rabbini in base alla Thora.

Nella Sicilia orientale si conservarono ordinamenti giudiziari bizantini, e le carte dell'epoca normanna ci mostrano sedere nei tribunali gli *strateghi* assieme ai *baiuli* e agli *arconti* (5), i protonotari coi seniori e con probi uomini cristiani e saraceni (6).

---

(1) Gregorii, *Epist.*, I, 46; XI, 7.
(2) Id., VIII, 2.
(3) Id., V, 38.
(4) Id., XI, 7.
(5) An. 1136; Cusa, *Diplomi arabi*, 362, 418, 627.
(6) An. 1142, 1154; id., pag. 302, 317, 362. — Gregorio, *Considerazioni sopra la storia di Sicilia: Introduz. allo studio del dir. pub. sicil.*, 1791-1809; Amari, *Storia dei Musulmani di Sicilia*, 3 vol., 1865; Lamantia, *Storia d. legisl. sic.*, I.

Digitized by Google

13. In Sardegna « era giudice il capo stesso dei singoli stati; e fu giudice supremo poichè cessata ogni subordinazione verso l'impero d'Oriente, venne meno la facoltà di appellarsi dall'arconte al *Basileus*. Allora a lui probabilmente spettò di giudicare gli appelli dalle sentenze dei giudici inferiori: e forse nell'esercizio di codeste funzioni giudiziarie fu coadiuvato da un *auditorium* composto di un certo numero di *sabios* che erano detti *auditores* (1). Questo rappresentò probabilmente in piccolo il *sacrum audiutorium* imperiale cui spettava giudicare in ultima istanza delle cause di valore superiore ai cinquecento soldi (2). Giudici erano anche l'*armentariu de logu*, il *curadore* e il *maiore* ai quali almeno le fonti del Logudoro aggiungono il *mandatore de liveros* » (Besta).

Questi ufficiali non avevano la stessa competenza perchè le cause si dividevano in maggiori e minori, secondo la divisione introdottasi nella legislazione imperiale. Il giudice riservava a sè la competenza nelle cause maggiori, lasciando le minori ai curatori e ai *maiores de scolca*. L'*armentariu de logu* forse esercitava poteri giudiziari per delega del giudice. Il *curatore* aveva competenza civile e criminale: catturava i delinquenti e istruiva i processi se anche non li poteva portare di propria autorità allo stadio definitivo della sentenza. Più ristretta era la competenza del *maiore de villa*, la cui giurisdizione penale si limitava ad un certo *ius multandi* nell'ambito delle sue funzioni di polizia.

« Armentarii, curatori, *maiores de scolca* erano, a quanto pare, di nomina regia: ma la giustizia non emanava in tutto e per tutto dal regolo. Aveva per certi aspetti uno spiccato carattere popolare: nell'amministrazione della giustizia il magistrato chiunque esso fosse o il giudice o l'*armentariu de logu* o il curatore o il *maiore de scolca* o il mandatore *de rexnu* soleva essere assistito da un certo numero di *bonos homines*. Il sistema del giudice unico non era prevalente in Sardegna: normalmente il giudizio era collegiale. E il collegio si diceva *corona* perchè i *bonos homines* facevano circolo intorno a lui » (Besta).

---

(1) *Carta de logu*, 64; *Codex diplom. Sardiniae*, ed. Tola (nei Monum. histor. patriae, X e XII, Torino 1861-68), I, 703; Solmi, *Carte volgari dell'Archivio arcivescovile di Cagliari*, XVII (nell'Archivio storico italiano, Firenze 1905).

(2) Nov. XXI.

Digitized by Google

Queste corone erano antica consuetudine sarda che collegavasi a istituzioni romane; il che è dimostrato dal fatto che il sistema di giudizi collegiali riscontrasi nell'Italia meridionale e a Venezia, rappresentato dalle *curie*. La *corona* era presieduta dal giudice che dirigeva i singoli atti processuali, partecipava alla decisione, promulgava la sentenza e la faceva eseguire. I *bonos homines* davano il loro parere, come anche valutavano la credibilità delle prove addotte, l'autenticità dei documenti. Stabilito l'*accordiu* preliminare con essi, il giudice pronunciava la sentenza in nome proprio e in nome *de bonos homines* che l'avevano assistito. Così si spiegano certe locuzioni, come *non paruerunt bonas sas cartas nen a iudike nen a locu*, e l'uso del verbo *iudicare* al plurale. Anche i *bonos homines* erano dei *iuigantes*, ma il vero giudice era il *iudex publicus*, che come i giudici romani e bizantini era assistito da *assessores*.

Coloro che componevano la *corona*, portano nelle fonti sarde il nome di *iuratos*. « Ignorasi se fossero scelti di volta in volta dal giudice o dal curatore o dal maiore o se fossero eletti per certi periodi dall'autorità sovrana o dai suoi rappresentanti o dal popolo. A Sassari vi erano tre specie di *coronas*: la *minore*, da cui si consentivano appelli, che comprendeva da nove a sedici giurati; la *complita*, da cui non si davano appelli, che era composta di sedici giurati; e quella *de appellatione* che ne contava venti ». Probabilmente questa divisione si verificò col sorgere del Comune, che portò a una scissione delle magistrature e delle competenze. La più antica corona fu quella *de logu* presieduta dal giudice o per lui dall'*armentariu dè logu*. Cosichè nelle maggiori aggregazioni di persone funzionava una giustizia.

Anche in Sardegna apparve presto il foro ecclesiastico, colle udienze vescovili, la cui competenza nel definire le questioni concernenti il foro interno fu sempre riconosciuta: ma non così quella nel foro esterno. Ciò desumesi dai reclami mossi da papa Gregorio I, perchè le autorità civili non rispettavano il diritto dei vescovi di giudicare le cause dei chierici [1]. Ripercuotevansi in Sardegna le pretese bizantine violatrici delle leggi canoniche in materia. Più tardi gli stessi reclami furono formulati da Innocenzo III rivendicando i privilegi del foro: la resistenza fu viva

---

[1] GREGORII I, *Epistolae*, I, 59; III, 26.

Digitized by Google

nel sec. XIII, e continuò anche nei seguenti. I forestieri erano giudicati dai *maiores de portu*, e solo più tardi stabilironsi tribunali misti, e si riconobbe la giurisdizione consolare.

12. La Corsica presentava allora istituzioni non diverse dai paesi romanici e specialmente dalla Sardegna. Anche essa divisa in giudicati, a capo dei quali i giudici riassumevano tutti i poteri civili e militari (1). Tale era quel *Iulius iudex*, conte e signore di una parte dell'isola che nel 1034 assieme ad *alii boni homines* decise la causa di decime che il monastero di Montecristo reclamava (2). Laddove la vita economica si svolge nel modo più semplice, la protezione del diritto non abbisogna di organi differenziati, e il capo della comunità interviene nelle contestazioni che sorgono perchè in lui sono tutti i poteri.

Come in Istria così anche in Dalmazia trovansi riprodotte magistrature affini a quelle che presentansi nell' antico ordinamento veneto, di natura romano-bizantina; magistrato supremo era il *tribunus*, il quale presiedeva il tribunale, a sè riservava le cause maggiori, delegando le minori a *iudices* (3).

---

(1) GREGORII, V, 38.

(2) MITTARELLI et COSTADONI, *Annales Camaldulenses*, II, app. n. 25.

(3) BENUSSI, *Nel medioevo; pagine di storia istriana*, 1897; MAYER, *Italien. Verfassungsgesch.*, II, 138; Id., *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, XXIV, 248.

Digitized by Google

CAPO V.

Il foro ecclesiastico dalle origini fino al secolo X

THOMASSINUS, *Vetus et nova disciplina ecclesiastica*, parte II, lib. III, c. 101 e seg.; ALTESERRA, *Ecclesiasticae jurisdictionis vindiciae*, Paris 1703; FLORENS, *Tractatus de jurisd. eccl. Opera*, II, pag. 1; HEBENSTREIT, *Historia jurisdict. ecclesiasticae ex legibus utriusque codicis illustrata*, diss. I-III, Lipsiae 1773-78; BRUNO SCHILLING, *De origine jurisd. eccles.*, 1825; DOVE, *De jurisdictionis ecclesiast. apud Germanos Gallosque progressu*, Berol. 1855; MOLITOR, *Ueber canon. Gerichtsverfahren gegen Cleriker*, Mainz 1856; SOHM, *Die geistliche Gerichtbarkeit im fränkische Reich, Zeitschrift für Kirchenrecht*, IX, 1870; NISSL, *Der Gerichtsstand des Clerus im fränkische Reich*, 1886; HINSCHIUS, *Kirchenrecht*, IV e V; BEAUCHET, *Origines de la jurisdiction ecclesiastique et son development en France* (in Nouvelle revue historique du droit, VII, 1884); SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, vol. I, parte II, « La giurisdizione della Chiesa prima del mille », Modena 1884; SALVIOLI, *Foro ecclesiastico* (nel Digesto italiano).

1. Raccomandazione dell'Apostolo Paolo era che « i cristiani non dovessero litigare » (1), e in caso di discordia dovessero ricorrere ai presbiteri e giammai ai giudici pagani (2), fuggendo i tribunali dove alligna la menzogna e dove l'anima si perde. Come si svolse l'episcopato, tali liti si dovevano deferire al tribunale presieduto dal vescovo. Così facevasi pure nelle sinagoghe, le quali anche dalle stesse autorità romane erano state autorizzate a tenere sifatti giudizi arbitrali (3). Nel Nuovo Testamento

(1) Ad Ephes. 6, 22; ad Coloss. 3, 13-14.
(2) I Corint. 6, 4.
(3) JOSEPHUS, *Antiquit.*, XIV, 10, ed. Naber, 1896.

Digitized by Google

sta così il punto di partenza di una giurisdizione ecclesiastica nelle cause civili dei laici e anche dei chierici, sotto la direzione dei capi delle comunità, come funzione strettamente connessa al sacerdozio, come dicevano gli antichi Padri della Chiesa (1). Questa autorità venne riconosciuta da Costantino e fu l'*episcopalis audientia*, primo fondamento della *iurisdictio contentiosa et voluntaria.*

Da varie fonti è attestato che i cristiani, obbedienti al precetto apostolico, aborrendo i giudici secolari, non adivano che al vescovo anche per le cause temporali. Gregorio Nisseno c'informa di vescovi che componevano le liti dei fedeli a somiglianza degli arbitri laici (2). Non è meraviglia se le Costituzioni apostoliche (II, 45) contengono il divieto ai cristiani di adire ai tribunali dei gentili e di esperire le loro ragioni presso magistrati secolari. Quelli che non obbedivano potevano essere colpiti dalle censure spirituali (3).

Cessate le persecuzioni, la giurisdizione ecclesiastica acquistò molta importanza. Fu ordinato che nessuno *clericum in publico examinare praesumeret* (4), che i chierici accettassero sempre il foro del vescovo e che i laici chiedessero l'arbitrato di lui per le loro cause civili, arbitrato che una parte poteva invocare anche senza l'assenso dell'altra. Fu Costantino che dispose potere chiunque, in qualunque stadio del processo, desistere dal tribunale secolare per provocare l'avversario davanti al vescovo, la cui sentenza era valida, anche se non si informava al diritto civile ma alle dottrine cristiane. Adendo al tribunale del vescovo, le parti erano liberate dalle formalità del *compromissum* o di altro patto: le sentenze del vescovo valevano come quelle dei giudici e avevano l'*actio iudicati*. In seguito Arcadio ed Onorio nel 398 stabilirono che i vescovi non potessero conoscere le cause dei laici se non col consenso delle parti: massima poi accolta nel diritto giustinianeo, e così il vescovo non fu che un arbitro, la cui sen-

(1) ATHENAGORAS, *Epistol. ad solitarium* (nella Bibliotheca max. patruum, Lione 1677, II, parte II, col. 147), trad. UBALDI, Torino, 1900.

(2) Narra di Gregorio vescovo di Neocesarea, vissuto sotto Decio che compose una lite di rivendica di terre agitata fra due fratelli: GREGORIUS NYSSENUS, *Orat. de vita Gregorii Neocesarensis*, Berlino 1841, pag. 35.

(3) Quelli che ne erano colpiti non erano ricevuti in nessun'altra comunità: cfr. il testo riportato da Graziano: c. 9, C. XI, q. 1.

(4) l. 1, Cod. Theod. de episcop. audientia, I, 7; l. 1, id., XVI, 11.

Digitized by Google

tenza poteva essere attuata non coll'*actio iudicati*, ma coll'*actio in factum*. Egli doveva definire la lite senza formalità. Sotto Giustiniano fu assegnata ai vescovi la cognizione delle cause *ubi de religione agitur*. In quanto ai giudizi criminali fu stabilito che i reati di omicidio, adulterio commessi dai chierici fossero puniti nel tribunale del prefetto: quelli di simonia dal vescovo (1). Se il vescovo si volesse disinteressare delle cause a lui rimesse, il principe avrebbe dato rescritto per adire a magistrato secolare.

Da parte sua la Chiesa minacciava pene ai chierici che rivolgevansi ai tribunali laici nelle loro questioni e li puniva se citati da laico avanti al vescovo, cercavano di fuggirne il giudizio (2). Al sec. VI ripeteva i divieti tanto ai chierici quanto ai laici di citare chierici davanti ai tribunali secolari senza licenza del vescovo, ed ai magistrati di condannarli (3), e invocava un tribunale misto per le cause fra chierici e laici. Nelle cause contro vescovi era prescritto rivolgersi al metropolitano.

2. Al tempo delle monarchie germaniche fu reclamato dalla Chiesa il privilegio di giudicare le cause civili e criminali dei chierici. I Concilii tenuti nelle Gallie nell'epoca merovingia mantennero fermo il principio della giurisdizione episcopale sui chierici e il divieto ai laici di convenire questi davanti ai tribunali secolari (4): ma un editto di Clotario II del 614 accordò che solo le azioni *de possessione* cioè le controversie intorno al dominio dei beni e quelle *de libertate*, cioè di stato rimanessero al tribunale secolare, mentre le azioni per debiti, comprendendovi anche i reati che si debbono scontare col pagamento della composizione, le obbligazioni *ex delicto*, le cause di rivendicazioni mobiliari, quando erano contro chierici, dovessero decidersi al tribunale del vescovo, salvo però sempre la competenza del tribunale regio. Ma le cause fra chierici e laici restavano esclusivamente alla competenza ordinaria, e solo agli assessori si univano chierici, ma non come giudici. Nelle cause criminali i chierici erano giudicati

(1) Novel. 123, c. 8.

(2) Concil. Carthag., III, an. 393, in BRUNS, *Canones apost. et Concil.*, I, 124, Berlino 1839; Calcedon. 431, c. 9; Arelat. II, an. 443; Venetic., an. 445.

(3) Concil. Aurelian. an. 558; Matiscon. II, an. 585.

(4) Concil. Matiscon. I, an. 581, c. 8; Concil. Aurelian. III, an. 538, c. 32; Aurelian. IV, an. 541, c. 2.

Digitized by Google

al tribunale pubblico *cum scientia episcopi, non praetermisso pontifice.*

3. Noi ci dobbiamo restringere all'Italia.

Al tempo dei Goti nelle cause civili di laici contro chierici e chiese il solo competente era il tribunale pubblico. Solo per deferenza verso il vescovo, si ordinava che prima lo si informasse, perchè facesse cessare il rumore dei litigi, cioè perchè esercitasse il suo officio di compositore (1): « i vescovi tentino imporre la concordia, essi che sono i ministri della giustizia ». Il re interveniva per evitare che le cause dei chierici andassero al tribunale ordinario: *convenit sacerdotalibus institutis ut ante controversiam iustitiam magis ipse* (il vescovo) *cognoscas quam de iudicio victus abscedas* (2).

Così anche quando l'accusa era diretta contro un sacerdote, che come persona ecclesiastica « non deve fare lite ingiusta », Teodorico invitava il vescovo a delegare una persona istruita nelle leggi al Comitato regio, dove la controversia era riconosciuta e finita (3), e sollecitava i vescovi a richiamare al dovere i loro dipendenti (4), e a rispettare le obbligazioni civili assunte (5).

Quindi sotto gli Ostrogoti in Italia nessun foro speciale pei chierici o per le chiese: le loro questioni sull'appartenenza di beni o di servi erano esaminate al tribunale ordinario (6): anzi quasi con riferimento ai privilegi ammessi pei chierici dalle leggi imperiali, era disposto l'abolizione di ogni regime eccezionale e la competenza del tribunale pubblico per ogni causa e persona (7). E nemmeno fu riconosciuto alla chiesa romana una posizione privilegiata (8). Un mutamento si ebbe sotto Atalarico che riconobbe al papa la giurisdizione nelle cause dei chierici, ma dispose che dalla sentenza del papa potesse appellarsi al tribunale secolare (9). Il vescovo però aveva piena giurisdizione disciplinare sui chierici,

(1) CASSIODOR., *Epist.*, III, 37.
(2) Id., II, 18.
(3) Id., IV, 49.
(4) Id., III, 14.
(5) Id., III, 7.
(6) Id., IV, 9; III, 14.
(7) Id., II, 74.
(8) Id., III, 43.
(9) Id., VIII, 24.

Digitized by Google

e anzi a lui erano dal re deferiti i chierici ribelli (1): e inoltre il suo tribunale di arbitrato era invocato e preferito dai contendenti come quello ove i dettami dell'equità avevano più ascolto.

4. Anche nel periodo longobardo non si ebbe che il tribunale pubblico; e per evitarlo l'autorità dei papi si svolse a raccomandare l'arbitrato dei vescovi nelle controversie in cui chierici o chiese erano implicati. Ciò che le leggi non concedevano, cioè un foro speciale con esecutorietà delle sentenze pronunciate, volevasi raggiungere colla volontaria sottomissione delle parti alle decisioni episcopali anche in materia civile. Ciò risulta specialmente dalle lettere di papa Gregorio I che p. es. raccomanda al vescovo di Milano di definire una causa per un legato *sacerdotali studio... iurgiorum cessante strepitu*, usando carità, *aequitate servata* (2): a un *defensor* commette di risolvere pacificamente una causa fra una badessa e un laico (*pacifice decidatur... omni contentione cessante*) e solo in caso di resistenza rimettersi al tribunale ove *cum strepitu et dispendio* si otterrà quello che non si potè raggiungere *bona voluntate* (3).

Il potere della Chiesa nelle controversie civili è così chiaramente specificato: *pacifice decidatur*. Rivivono le prescrizioni apostoliche: i membri della Chiesa compongano una società ove l'amore e la giustizia devono prevalere: le cause siano rimesse al giudizio del vescovo. Soltanto nel caso in cui egli non sia ascoltato, allora si ricorra al tribunale. Il vescovo di Salerno è tradotto *in iudicio* per invasione di certi beni. Il papa lo sollecita ad *eligere cognitores*, cioè arbitri che definiscano la vertenza, perchè *causas ecclesiae fieri volumus ut nec dispendium contra aequitatem sustineat* (4) e scrive pure all'attore pregandolo di accettare l'arbitrato che sarà ispirato a giustizia (5). Il ricorso ad arbitri è il rimedio su cui insiste il papa nelle cause civili fra chierici e chierici, o questi con laici, il *iudicium electorum* il quale *causam legali ordine valeat definire* (6). È vituperevole che per-

(1) GREGORII I, *Epist.*, I, 9.

(2) GREGORII I, *Epist.*, XI, 16: *aequitate servata debeat terminari ut... nec vos videamini contra ecclesiasticum propositum petentibus negasse quid justum est.*

(3) Id., XI, 11.

(4) Id., IX, 13.

(5) Id., IX, 14.

(6) Id., XI, 41, 42; XIV, 2; VII, 2.

Digitized by Google

sone ecclesiastiche disputino per affari secolari (1). Il vescovo deve assopire le liti, non per diritto di giurisdizione temporale, ma per sollecitudine spirituale (2): all'occorrenza interroghi un uomo sapiente (3); così si avrà *facillimum finem* (4). Ma se questo risultato non si può raggiungere, allora il papa prescrive il ricorso del chierico al tribunale ordinario, *apud iudicem*, il quale *legali ordine* obbligherà l'altra parte ad adempiere alla sentenza (5). Così anche se una chiesa deve pagare, ciò deve risultare da un giudizio, *ex iudicio pateat* (6). Notisi che ciò avveniva nella parte d'Italia soggetta alla dominazione longobarda, ove non solo gli ordinamenti politici amministrativi romani ma anche i privilegi del clero erano stati dalla violenta invasione interrotti o soppressi, tanto che nemmeno quando l'ordine tornò, fu possibile ricuperarli. I Longobardi ariani non erano favorevoli al clero: e quando si convertirono, non alterarono i principii fondamentali del loro diritto pubblico. Nelle file del clero entrarono molti di origine longobarda che conservarono la loro legge di origine, e per tale motivo nemmeno disposti a sottoporsi al tribunale del vescovo che conosceva la sola legge romana. Questa circostanza doveva far disertare molti ecclesiastici dal tribunale del vescovo, a cui restò l'ufficio di arbitro e di pacificatore.

5. Nei paesi d'Italia soggetti all'impero bizantino la legge continuava a riconoscere ai chierici una posizione eccezionale, nello stesso modo che ai vescovi riconosceva un grado nell'amministrazione provinciale e municipale. Il vescovo che era il protettore dei poveri, dei prigionieri, dei servi (7), che aveva il diritto di visitare le carceri, di esaminare i processi, prendeva parte diretta all'amministrazione della giustizia: dalle sentenze del magistrato locale era sempre possibile ricorrere al vescovo (8), che a richiesta delle parti poteva andare a sedere nel tribunale laico e sentenziare di accordo cogli ufficiali imperiali (9). Se un

(1) Gregorii I, *Epist.*, IX, 28.
(2) Id., XIII, 4.
(3) Id. id.
(4) Id., VII, 40.
(5) Id., IX, 29.
(6) Id., I, 82.
(7) l. 26, Cod. Iust., I, 4; Nov. 128.
(8) Nov. 86, 1, 4.
(9) l. 7, Cod. Iust., I, 4; Nov. 86, 2.

Digitized by Google

chierico aveva causa civile, solo il vescovo ne era il giudice (1): solo nelle cause criminali doveva comparire al tribunale secolare (2).

Spesso però questo diritto non era osservato: per es. in Sicilia del tribunale del vescovo non si teneva alcun conto, e Gregorio I reclamava e ordinava al *defensor* della chiesa sicula di interporre i suoi uffici, nel caso in cui chierico o laico avesse lite col vescovo, allorchè *episcopo iurisdictio non servatur* e quindi *ordo confundatur* (3). In Sicilia avveniva che gli stessi vescovi non difendevano i privilegi del loro foro e adivano al secolare (4), o si rassegnavano ad un giudizio misto (5). Il *iudicium* del vescovo esisteva sempre in Sicilia, non abrogato dalle leggi, e quindi spiegansi l'opera di Gregorio I per renderlo effettivo e le sue raccomandazioni perchè nelle cause fra vescovi le parti sentissero il giudizio del *defensor*, e perchè lo stesso facessero i chierici nelle loro contese con vescovi (6), e i vescovi definissero le liti fra i loro dipendenti (7), residuo questo della giurisdizione patrimoniale formatasi sui latifondi, le *massae* e i *saltus* nell'epoca imperiale.

Ogni causa civile degli ecclesiastici, secondo il papa, doveva finire *sacerdotali sollecitudine ut crescere non possit* (8): ed egli nomina da Roma i giudici (9): e non solo verso quei di Sicilia ma anche ai chierici di Sardegna e Corsica ordina di pacificarsi nelle loro controversie civili (10), e al capo civile di Sardegna scrive perchè sottoponga un ufficiale in lite con un chiostro a *iudicium arbitrale* (11). Ed a proposito delle cause dei poveri, che secondo i canoni e il diritto giustinianeo, dovevano essere sottoposte alla competenza del vescovo, vuole che *nihil cum scandalo, nihil forali strepitu* si definiscano, ma le risolva il diacono (12). Pre-

(1) Nov. 79, 1; 83, 123, 1; GREGOR. I, *Epist.*, VI, 11.
(2) Nov. 123, 21.
(3) GREGOR. I, *Epist.*, XI, 37.
(4) Id., VIII, 2.
(5) Id., XI, 24.
(6) Id., X, 28.
(7) Id., XIII, 12.
(8) Id., XI, 43.
(9) Id., X, 50; XII, 28, 29; IX, 47; II, 6; VI, 36; XI, 6.
(10) Id., X, 28; I, 36, 67; VII, 35.
(11) Id., I, 48.
(12) GREGOR. I, *Epist.*, III, 3.

Digitized by Google

domina nel suo spirito il sentimento essere preferibile ricorrere all'arbitrato del vescovo che al giudizio del tribunale (1), e se il vescovo non è ascoltato, avochi a sè la lite, e deleghi poi persona che ne faccia eseguire la sentenza (2): così insiste perchè i laici accusino i chierici solo al foro del vescovo (3); si riserva il diritto di intervenire nelle cause civili e riesaminare le sentenze dei magistrati (4); si offre di collaborare coi pubblici funzionari nelle inchieste giudiziarie (5); non vuole offendere i privilegi dei laici nei giudizi (6), ma nello stesso tempo scrive al vescovo di Napoli: « i chierici e le altre persone religiose della tua città sono citati a tribunali diversi dal tuo: lo proibiamo e vogliamo che per qualunque affare contro un chierico si venga alla tua presenza » (7).

Anche nelle cause criminali il privilegio del foro era decaduto e l'autorità laica metteva le mani senza riguardo su vescovi e chierici (8): donde le proteste papali. All'esarca di Ravenna che aveva imprigionato un vescovo, scrive che prima il sinodo deve pronunciarsi sulla colpa dell'incriminato (9); al *defensor* di Corsica ricorda che i chierici non devono essere imprigionati dai laici, ma devesi ricorrere al vescovo o se questi è sospetto rimettersi ad arbitri (10). I vescovi devono indagare sulle colpe dei chierici accusati, assieme al giudice pubblico (11): e contro la pratica ormai diffusa da parte del tribunale ordinario di escludere ogni ingerenza episcopale, ricorre all'imperatore che conferma doversi il chierico incriminato essere giudicato *secundum statuta canonica*. Ciò malgrado *magister militum obstitit ut minime fieret* (12): contrarietà derivate dalle mutate condizioni politiche e dall'esempio dato dai territori sottoposti ai Longobardi ove le cause dei chierici erano avviate al tribunale pubblico.

---

(1) GREGOR. I, *Epist.*, III, 60.
(2) Id., IX, 3.
(3) Id., XI, 88; IX, 23.
(4) Id., III, 5.
(5) Id., III, 1.
(6) Id., III, 15.
(7) Id., VI, 11.
(8) Id., I, 33; XI, 77; III, 24.
(9) Id., I, 33.
(10) Id., XI, 52, 55, 57, 77.
(11) Id., II, 50.
(12) Id., IX, 59.

Digitized by Google

Se fosse possibile trarre una conclusione dalle lettere di Gregorio I, questa sarebbe nel senso che un privilegio di foro era contrastato dalla pratica anche nei territori bizantini. Il papa lo difendeva, ma sovente senza risultato, e allora raccomandava di evitare il tribunale pubblico, preferendo arbitri e giudici di pacificazione, verso i quali restava il ricorso al papa (1), perchè il foro secolare è incentivo a disordini, allontana gli ecclesiastici dalla concordia e dalla carità, essi che devono vivere non secondo il diritto mondano ma secondo la legge divina (2). Egli stesso riconosceva la necessità di adattarsi al tribunale ordinario se la conciliazione non seguiva, ove *servata civilitate*, cioè secondo il diritto comune anche le cause dei chierici erano trattate (3).

6. Nel regno longobardo i chierici non ebbero privilegi di foro. Numerosi documenti mostrano come le cause civili delle chiese e degli ecclesiastici fossero esaminate e decise al tribunale comune, al quale erano anche sottoposte cause di confini di diocesi e parrocchie, involgenti quindi controversie relative alla giurisdizione spirituale (4), cause di beni inerenti a ufficio ecclesiastico (5) e al diritto o meno di occupare quest'ufficio (6). Anche quando in tali processi aveva parte il vescovo come presidente del tribunale, era detto espressamente che egli inquisiva *secundum iussionem regis*, tenendo presente la *canonica auctoritas* intorno ai chierici degradati: la giurisdizione del vescovo sarebbe in ogni modo delegata (*prorogatio fori*) (7).

Nel 746 davanti al duca di Benevento due ecclesiastici litigano sul possesso d'una chiesa: il duca decide *letti i canoni* (8). Nel 747 il monastero di Farfa si rivolge al *missus* di re Rachis

---

(1) GREGORII, *Epist.*, VII, 27.

(2) Id., VII, 27; IV, 27; VIII, 43.

(3) Id., XI, 51.

(4) an. 716 causa fra il vescovo di Lucca e quello di Pistoia pei confini delle diocesi: MURATORI, V, 917. Altra causa decisa davanti a quattro vescovi messi di re Liutprando *pro parochias determinandas*: Id., V, 923 928.

(5) Sentenza pronunziata dal vescovo *secundum vestra* (del re) *iussio*: MURATORI, V, 915; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 127.

(6) an. 803 sentenza di vescovo per ordine del re intorno a un chierico se doveva essere espulso *de ecclesia ubi fuit custos*: MURATORI, V, 917; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 309.

(7) Cfr. MURATORI, V, 919-921.

(8) UGHELLI, VIII, 626.

Digitized by Google

per il possesso di un bosco (1): nel 756 l'abbadessa contesta ad altri la proprietà di una chiesa (2): nel 777 il vescovo di Rieti difende i suoi diritti davanti al duca di Spoleto (3): al tribunale di questo un laico cita un abbate, un monaco, un esercitale. In tante altre simili cause di ecclesiastici siano attori o convenuti è stabilita la competenza del tribunale ordinario (4).

7. Ma verso la fine del secolo VIII qualche cosa di nuovo interviene. La Chiesa ha conquistato una posizione nel regno: i vescovi rivestono le alte cariche, siedono nei tribunali ed esercitano poteri giurisdizionali, o in concorso cogli ufficiali pubblici e allora il loro intervento è un omaggio reso alla loro dignità, oppure da soli. Così nel 764 il vescovo di Lucca decide una controversia fra due ecclesiastici per certi beni, secondo i riti procedurali longobardi (5); e lo stesso nel 771 decide altra causa relativa a un minorenne *per ordine del re* il quale incarica il vescovo di nominare un tutore (6). Nel 773 un vescovo assistito da sculdasci siede in tribunale in una causa del monastero di Farfa contro laici (7). Da questo tempo i tribunali sono generalmente tenuti colla presenza di un vescovo, se fra i contendenti vi sono persone di chiesa, anche se la materia della causa riguarda beni. Poi vedonsi i poteri laici rinviare al papa, come di sua esclusiva competenza, cause in cui l'elemento canonico ha una relativa prevalenza, come quella di un tale che fattosi monaco e poi dismessosi dal chiostro, voleva disporre dei beni che aveva donato al monastero. Il papa decise e il duca fece suo il *iudicium quod Leo p. dedit* (8).

8. Ma nello stesso tempo il potere laico si crede competente a giudicare un chierico indegno di esercitare l'ufficio, del quale il vescovo voleva privarlo perchè colpevole di adulterio. Al giudizio interviene il vescovo, ma la sentenza è pronunciata dal

---

(1) *Regesto di Farfa*, II, n. 30.

(2) UGHELLI, VIII, 590; an. 751: *Regesto di Farfa*, II, n. 31; an. 761: Id., n. 46.

(3) GALLETTI, *Chiese antiche di Rieti*, pag. 13-19.

(4) Id., pag. 41, 47; FATTESCHI, *Memorie storico-diplom. sui duchi di Spoleto*, 262, 277, 286.

(5) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40.

(6) Id., V, 2, n. 127; MURATORI, V, 915.

(7) *Regesto di Farfa*, II, n. 83.

(8) GALLETTI, *Chiese di Rieti*, 33, an. 800.

Digitized by Google

duca [1]. In altra causa di chierico adultero, il vescovo formula l'accusa e il duca sentenzia [2].

La presenza del vescovo non è congiunta a una riconosciuta esclusiva competenza di lui, chè anzi la competenza è risolta in favore del tribunale ordinario. La sentenza è pronunciata *per iussionem d. ducis* anche se il vescovo assiste e presiede al tribunale assieme al giudice laico o al duca [3]. Ma l'intervento del vescovo, anche per solo titolo onorifico, aveva già molta importanza, e significava un'ingerenza che doveva schiudere la via a maggiori progressi per la realizzazione di un vero foro privilegiato dei chierici per le loro cause civili e criminali.

Dove la giurisdizione del vescovo era piena ed incontestata era nelle materie spirituali e *spiritualibus connexae*. Le disposizioni dei Concilii e i decreti dei papi avevano già ottenuto piena efficacia, e il potere disciplinare dei vescovi appoggiato dalle imponenti sanzioni canoniche non solo agiva in questo campo ma anche estendeva la sua azione in altre materie sollecitando specialmente gli ecclesiastici a sottomettersi all'arbitrato del vescovo.

La vera giurisdizione era nelle mani dello Stato: non per questo i vescovi avevano rinunziato a quella inerente al loro ministero spirituale, cioè all'arbitrale e tenevano tribunale di ammonizione, correzione, pacificazione [4], e davanti ad essi o le parti si accomodavano *spontanea voluntate* [5], oppure il vescovo esaminava la causa e sentenziava [6]; per attuare il giudicato non poteva affidarsi che ai suoi poteri spirituali. Così poteva indagare con procedura preliminare al giudizio pubblico, ma solo armato di quei poteri. Che se questi non erano tenuti in conto, le cause fra chierici, o di terzi contro chierici andavano al tribunale pubblico, anche se di natura mista. Per quelle che dovevano risolversi secondo il diritto canonico, il re poteva delegare al vescovo di decidere, però il suo giudicato non aveva valore se non confermato dal re. Per deferenza all'autorità ecclesiastica, il vescovo

---

(1) MURATORI, I, 745.

(2) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 202.

(3) GALLETTI, *Memorie*, pag. 131, an. 773. Cfr. an. 789: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 289; MURATORI, V, 311.

(4) BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, I, 42.

(5) GALLETTI, *Memorie di Rieti*, 120, an. 753.

(6) *Memorie di Lucca*, IV, 1, n. 60.

Digitized by Google

interveniva nei giudizi, ne aveva anche la presidenza, ma la sentenza era pronunziata dai giudici ordinari. Anche il lodo del vescovo era pronunziato secondo la legge comune (1). Lo stesso ricorso al papa era subordinato all'assenso del re (2), massima che fu poi introdotta nel corpo delle leggi longobarde (3).

9. Colla dominazione franca il foro speciale pei chierici fu riconosciuto dalle leggi. Per l'Italia in questa materia fu fondamentale il Capitolare promulgato da Carlomagno a Mantova nel 787: *Neque abbates et presbiteri neque diaconi et suddiaconi neque quilibet de cleros de personis suis ad publica et secularia iudicia trahantur et distringantur, set a suis episcopis adiudicati iustitiam faciant. Si autem de prossessionibus suis seu ecclesiasticis seu propriis super eos clamor ad iudicem venerit, mittat iudex clamantem cum missos suos ad episcopum ut faciat eum per advocatum iustitiam recipere. Si vero talis aliqua inter eos contentio orta fuerit qua per se pacificare aut non velint aut non possint, tunc per advocatum episcopi, qualem iusserit ipse, causa ipsa ante comitem vel iudicem veniat et ibi secundum legem finiatur, anteposito, ut dictum est, persona clerici* (4).

Nella legislazione carolingia si devono distinguere quei *capitularia ecclesiastica* che riproducono disposizioni conciliari da quelli che son vere leggi generali, e devesi stabilire fino a qual punto prescrizioni conciliari hanno avuto la sanzione del potere civile e sono penetrate nel diritto pubblico, e specialmente sono state eseguite in Italia. Ora sono precisamente in Capitolari generali le prescrizioni che *monachi ad saecularia placita non vadant* (5) — *monachi ad saecularia negotia neque ad placita exercenda non accedant* (6) — *nullus monachus foris monasterio iudicaria teneat nec per mallos et publica placita pergat* (7). Più tardi il divieto fu esteso anche ai sacerdoti: *Nulli sacerdotum liceat... ad saecularia iudicia accedere* (8), disponendosi *ut si clerici inter se negotium aliquod habuerint, a suo episcopo diiudi-*

(1) TROYA, n. 827.
(2) BRUNETTI, *Cod. dipl. toscano*, I, 450.
(3) Rachis, 5.
(4) Capitul. mantuan. II, c. 12, pag. 196.
(5) Edict. legat. 789, c. 30, pag. 64.
(6) Capit. Aquisgr. 789, c. 73, pag. 60; Francf. 794, c. 11, pag. 75.
(7) Epist. de literis colendis 780, pag. 79.
(8) Capit. a sacerd. prop. 802, c. 16, pag. 107.

Digitized by Google

centur non a saecularibus (1) — *de clericis ad invicem altercantibus aut contra episcopum suum agentibus, sicut canones docent, ita omnimodis peragant* (2).

Ciò premesso, il Capit. mantovano non abbisogna di molte spiegazioni ed è specioso sofisticare sopra esso. Vi si ordina un preliminare procedimento di conciliazione davanti al vescovo. Se trattasi delle persone dei chierici, il vescovo è il solo competente a giudicarli. Se di beni loro o di chiese, il giudice manderà l'attore al vescovo perchè faccia esaminare la causa dall'avvocato suo, assieme ai delegati del giudice. Se poi la causa è fra due chierici (*inter eos*) per azione personale o reale, e non è possibile l'accordo tentato dal vescovo, allora la causa sarà decisa dal conte: l'avvocato seguirà le parti rappresentando il vescovo al tribunale secolare, come i *missi* del conte rappresentavano questo al tribunale del vescovo. L'espressione *anteposito*, ecc. allude al privilegio del chierico in Italia di comparire nei tribunali secolari o misti per mezzo dell'avvocato (3).

Il Capitolare mantovano sta in perfetta corrispondenza con altre disposizioni delle leggi carolingie ordinanti ad ogni chiesa di avere avvocati probi, nominati dall'imperatore o dai suoi messi o dal vescovo in seguito a speciale concessione (4), i quali rappresentavano la chiesa o il monastero al foro secolare e avevano la sorveglianza di tutti gli affari temporali: e sta in corrispondenza con altri Capitolari che stabilivano privilegi in favore delle persone ecclesiastiche coinvolte in controversie giudiziarie: così nel 769 si era disposto *ut nullus iudex neque presbiterum neque diaconum aut clericum aut iuniorem ecclesiae extra conscientiam pontificis per se distringat aut condemnare praesumat* (5): e nel 789 *Clerici et ecclesiastici ordines si culpam incurrerint ut apud ecclesiasticos iudicentur non apud saeculares* (6): e nel 813 *clerici et ecclesiastici si ad culpam incurrerint ante episcopis iudicentur* (7).

---

(1) Capit. 789, c. 28, pag. 56.

(2) Capit. Francfort. 794, c. 30, pag. 77.

(3) Tale è l'interpretazione del *Liber papiensis Caroli*, 98, in Pertz *Leges*, IV, 505.

(4) Constit. olon. 823, c. 9; Leges Longob. Lotharii, c. 8; Capit. Pipini 790, c. 3 e 782, c. 6, pag. 200, 192.

(5) c. 17, pag. 46.

(6) c. 38, pag. 56.

(7) c. 9, pag. 183.

Digitized by Google

Che se la controversia è tra chierico e laico, allora *episcopus et comes simul conversent et unanimiter inter eos causam definiant secundum rectitudinem* (1). E perchè il vescovo sia pronto a rendere giustizia a quelli che la richiedono, sono dalle leggi stabilite delle sanzioni: *Ut qui se reclamaverint super pontificem quod iustitiam habeat ad requirendam, distringat illum comis aut per missum suum aut per epistolam suam ad ipsum pontificem. Et si ipse pontifice Francus aut Langobardus distulerit iustitiam faciendam, tunc iuxta ut episcopi eligerunt, ubi fuerit consuetudo pignerandi a longo tempore ut et in antea in eo modo sit pro ipsas iustitias faciendas* (2). È così introdotto un modo di coazione analogo a quello che sarà stabilito contro gli immunisti che non presentano al placito i loro dipendenti, di vivere sopra le terre degli immunisti e a spese loro finchè non osservino le leggi.

10. La dominazione carolingia aveva esteso all'Italia un sistema giudiziario già applicato in Francia, dove i Concilii avevano insistito per creare una situazione di privilegio in favore dei chierici, accogliendo prescrizioni canoniche (3). Sempre coll'intento di allontanare i chierici dal tumulto dei tribunali, i Carolingi raccomandavano ai *rectores ecclesiarum* aventi fra loro divergenze in *ecclesiasticum negotium* « *se familiariter pacificare* » e solo non accordandosi *advocati eorum in mallo publico ad praesentiam comitis veniant et ibi legitimus terminus eorum contentionibus imponatur* (4). Questa disposizione collima perfettamente con quella del Capit. mantovano citato relativa alla *contentio orta inter eos*: cioè prima giudizio di pacificazione per gli affari relativi a beni di chiesa contesi fra due chiese o chierici, davanti al vescovo: e, riescita vana la concordia, ricorso al tribunale pubblico (5); non ricorrere *apud cognitores saeculi* se non dopo esperimentato l'intervento del vescovo (6) così suonavano le leggi in accordo colla dottrina della Chiesa secondo la quale il tribunale pubblico non doveva procedere contro chierico se non

(1) Capit. Francfort. 794, c. 30, pag. 77.
(2) Capit. Pipini 782-786, c. 6, pag. 192.
(3) Concil. Cabilonens. 813, c. 2, in MANSI, *Ampliss. Collect. Concil.*, XIV, 96.
(4) Capit. Aquisgr. 817, c. 10, pag. 345.
(5) Capit. Francfort. 794, c. 8; Canon. rispacens. 709, pag. 74, 228.
(6) Karoli II Conventus Pistens. 864, c. 6, pag. 310.

Digitized by Google

dietro invito del vescovo, dichiarandosi violatore delle discipline ecclesiastiche il chierico che ricorreva subito al foro secolare (1).

Il precetto rivolto ai chierici di presentare le liti fra loro al giudizio del vescovo è ripetuto in tanti Capitolari: nessun chierico sia tratto al tribunale pubblico da laico *in contemptu episcopi* — *praetermisso episcopo* — *sine iussione episcopi vel abbatis* (2): « i chierici che sono in lite coi vescovi facciano come dispongono i canoni » (3): « nessun sacerdote, abbandonata la propria legge, osi presentarsi ai tribunali dei secolari » (4): questioni civili o ecclesiastiche fra chierici si risolvano dal vescovo, o dal metropolitano, ma si eviti il tribunale pubblico (5). E per mezzo delle armi spirituali di cui il vescovo disponeva, non era difficile far prevalere questo giudizio di pacificazione.

11. Non si può pretendere che la legislazione carolingia promulgata in epoche diverse e per diverse regioni le une lontane dalle altre presenti una perfetta identità o sia esente da incertezze. Contraddizioni non vi sono, che anzi il pensiero informatore è di favorire le chiese e i chierici e di procedere di accordo colle prescrizioni canoniche. La monarchia carolingia fu una vera teocrazia, e il suo fine fu di realizzare nello spirito e nella pratica la volontà della Chiesa. Quelli che hanno tentato dare altre interpretazioni alle leggi franche relative ai privilegi forensi accordati ai chierici e alle chiese, sono stati diretti dall'errato intendimento di ricomporre gli elementi politici di uno Stato germanico esponente di un suo diritto, di un'autonomia suprema che gli impediva di dividere il suo potere con altre potestà. Ora tutto ciò fu estraneo al governo franco, il quale non solo divise il suo potere politico e giurisdizionale colla Chiesa, non solo l'ammise a parità di grado, ma accolse fin da principio tutti gli elementi che spezzavano e frazionavano l'autorità, cioè aveva nel suo seno tutte quelle negazioni che preparavano l'avvento del feudalismo.

---

(1) ATTONIS ep. Vercellens., *Opera* ed. BURONTIO, canon., c. 62; Libellus de pressuris eccles., pag. 334.

(2) Capit. Vermens. 755, pag. 36.

(3) Capit. Francfort. 794, c. 15, pag. 70.

(4) Capit. Aquisgr. 801, c. 16, pag. 107.

(5) Capit. data presbyt. in BALUTIUS, II, pag. 895.

Digitized by Google

12. I Carolingi non procedettero col piano prestabilito di costituire il foro ecclesiastico come nemmeno previdero l'anarchia feudale; ma le loro progressive rinunzie sono connesse al modo con cui concepirono la parte che la Chiesa doveva avere in tutta la vita sociale. Per ciò era nel loro sistema indifferente che il tribunale fosse presieduto o dal vescovo solo, o dal vescovo assieme al conte. I vescovi del resto erano i grandi funzionari dell'imperatore rivestiti a preferenza dei laici delle funzioni di *missi*. Quindi anche i falsi canoni di Ansegiso, di Benedetto Levita o dello Pseudo Isidoro non contrariavano i concetti praticati dalle pubbliche autorità ma servivano a giustificarli e a rafforzarli. E, data questa stretta azione dei due poteri, nemmeno appariva come violazione dei diritti dei vescovi e disprezzo dei canoni quell'intervento che l'autorità laica avesse fatto in cause riservate ai vescovi: ed era speciale onore e fortuna se l'imperatore le avocava a sè, non solo perchè egli era la suprema fonte dell'autorità ma anche perchè era il protettore delle chiese.

Il foro speciale pei chierici non significava nel diritto del tempo una diminuzione o rinunzia dei diritti di sovranità, ma una conveniente divisione di attribuzioni e di funzioni, il riconoscimento di un potere non rivale ma associato a quello pubblico. Quindi il tribunale pubblico non escludeva l'ecclesiastico e viceversa, e quello restava competente nelle materie civili in cui anche l'altro era riconosciuto competente, nello stesso modo che il giudice secolare prestava il suo ausilio al vescovo nelle cause di ordine spirituale o disciplinare, per disobbedienza dei chierici al vescovo (1), per infrazioni alle regole canoniche (2), per decime, benefizi, parrocchie. Il potere secolare assisteva il potere ecclesiastico, e contro lo scomunicato il vescovo poteva invocare l'aiuto del conte *et per amborum consensum distringatur contemptor* e lo si sottoponeva al bando, e se ancora resisteva *a comite in vinculis distringatur* (3).

Quest'associazione dei due poteri si manifesta completa e perfetta nell'Impero franco nella legislazione matrimoniale che è modificata secondo le prescrizioni canoniche e nell'intervento del conte a dare il suo aiuto per la esecuzione delle sentenze

(1) Capit. Francf. 794, c. 6, pag. 75.
(2) Reginonis, *De synodal. causis*, I, c. 20, 22, 45, 65, 67, 70.
(3) Capit. Olonn., 823, c. 1, pag. 319.

Digitized by Google

pronunciate dalle autorità ecclesiastiche. Sotto i Longobardi, che del resto avevano già accolto le disposizioni canoniche in materia di alleanza spirituale come impedimento al matrimonio, le questioni relative al consenso dei coniugi, allo scioglimento delle nozze, e simili erano discusse al pubblico tribunale (1). Così era anche pei delitti di incesto, fornicazione con libera, violenza, ratto, adulterio (2). Era il tribunale che ordinava la separazione dei coniugi per unioni illecite non consentite dai canoni. Sotto i Franchi le leggi civili si uniformarono alle canoniche in materia di impedimenti matrimoniali e sulla bigamia, concubinato, adulterio (3), tutti reati puniti con pene temporali, col banno e la confisca dei beni (4). Ma il giudizio attraversava due stadi, il primo appartenente al vescovo che applicava le pene disciplinari canoniche, la correzione, l'esclusione dei rei dalla comunione dei fedeli, la scomunica (5). Se i rei non si correggevano e perseveravano nel peccato, allora interveniva il giudice che puniva colle pene corporali o pecuniarie (6); il conte doveva *per secularis poenitentiae disciplinam coercere* quelli che non si correggevano colla ecclesiastica (7). Tale duplice giudizio tenevasi anche verso i bigami e per quelli che avevano contratto nozze proibite: prima il vescovo li puniva canonicamente, anche coll'intervento del conte: poi non emendandosi, questi esercitava la sua azione (8): i bigami infatti *a comite comprehendantur et ferro vinciantur* (9).

13. Anche in Italia si avevano questi due giudizi per gli adulteri, i quali anzi contestavano che il vescovo volesse immischiarsene: *nihil pertinere ad episcopum quae a publico examinata sunt* (10). Ma i Concilii ordinavano ai giudici laici di tradurre

(1) an. 787: MURATORI, *Rer. ital. Script.*, II, 2, 355.

(2) *componat in curte regis: liceat gastaldium regis aut schuldahis iudicare de ipsa quod regi placuit*: Roth., 185, 186, 189, 191, 196; Grimoald., 7; Liutpr., 76; Ahist., 8.

(3) Capit. longob. 779, c. 5, pag. 48; Capit. longob. 782 e 790; Capit. Compend. 757 e 785, c. 20; Capit. Vermer. 753, c. 1, 2, 7, 8-13, pag. 30, 38, 67, 182, 202.

(4) Capit. Aquisgr. 802, c. 28, pag. 98.

(5) Capit. longob. 779, c. 5, pag. 48.

(6) Capit. ad Villam Theodon. 806, pag. 122.

(7) Capit. excerpta 826, c. 13; pag. 306.

(8) Capit. episcop. 780-790, c. 6, pag. 189.

(9) Capit. pro lege habend. 819, c. 3, pag. 282.

(10) Concil. roman. 904, c. 2.

Digitized by Google

alla presenza del vescovo appunto coloro che si rendevano colpevoli di incesti e adulterii [1]. Preparavasi così la via perchè, eliminato il primo giudizio secolare, restasse solo quello del vescovo, e si avesse così la giurisdizione ecclesiastica nelle cause matrimoniali.

Anche un duplice giudizio avevasi nelle cause che potevano portare allo scioglimento del vincolo coniugale nel sec. IX nell'Impero franco [2]. Il tribunale del vescovo applicava le sanzioni canoniche. Al X secolo in queste materie la giurisdizione ecclesiastica si sostituì alla laicale: e così il diritto canonico fu la sola legge competente a regolare l'indissolubilità del vincolo coniugale, come lo era per gli impedimenti matrimoniali.

14. Il tribunale episcopale era costituito secondo norme stabilite da Concilii delle chiese orientali ed accolte nelle collezioni canoniche: il vescovo circondato dal clero esaminava le cause del suo clero: cinque vescovi volevansi per condannare un diacono, dodici vescovi per un vescovo. Era un vero giudizio di pari. Il vescovo poteva farsi rappresentare dall'arcidiacono. I canoni vietavano di appellare dalla sentenza di lui, ma le leggi franche avevano accordato l'appello al metropolitano e al re [3]. I vescovi che furono complici dell'alto tradimento di Bernardo re d'Italia nell'817 furono giudicati da un sinodo presieduto dall'imperatore [4]. Il tribunale ecclesiastico giudicava *secundum canonicam institutionem* [5]; ma in Italia nel caso di spergiuro era ordinato contro il chierico un duplice giudizio: *dupliciter bannum nostrum persolvat et postea secundum canones iudicetur* [6].

---

(1) Concil. roman. 883, c. 36, 37, 38, in MANSI, XIV, 89.

(2) Ne è prova il processo pel divorzio di re Lotario: l'accusa che la moglie era stata deflorata fu esaminata *in judicio laicorum*: avendo essa confessata la sua colpa, fu pure giudicata *coram laicis, ad judicium reipublicae*: HINCMARI, *De divortio Lotharii, Opera*, ed. Sirmond, I, pag. 58. Lo stesso Incmaro (pag. 594, 676, 684) narra di una moglie che dolevasi all'imperatore *de quibusdam inhonestis inter se et virum suum*. Diretta al sinodo, questo *ad laicorum remisit iudicium qui de talibus negotiis erant cogniti*. Constatato il fatto da questi, *inde poenitentiae modum post illorum iudicium ad episcopali auctoritate deposceret, secundum canones...*, ecc.

(3) Capit. Francfurt. 794, c. 4, pag. 75.

(4) Chron. Moissiac. 817, in PERTZ, *Mon. Script.*, I, 312.

(5) Capit. Francf. 794, c. 39, pag. 79.

(6) Capit. longob. 813, c. 12, pag. 102.

Digitized by Google

15. La Chiesa aveva poi per suo conto istituito un procedimento di inquisizione sopra gli scandali, i peccati palesi, le infrazioni alla disciplina e quant'altro offendesse la religiosità della vita da parte dei laici. Il vescovo e i suoi ministri dovevano visitare la diocesi, investigare sulle denunzie, interrogare, ammonire, reprimere, castigare coi mezzi spirituali di cui disponevano e invocare l'aiuto del potere pubblico: *quando episcopus per sua parochia circata fecexit, comite vel schuldais adiutorium preveat qualiter ministerium suum pleniter perficere valeat secundum canonicam institutionem* (1). Tutti i reati carnali subivano prima un esame davanti a questo tribunale sinodale (2). I *missi* dovevano denunziare se il conte si trovava assieme al vescovo quando questi visitava la diocesi; e quelli che non si piegavano alla sentenza ecclesiastica, non si emendavano dopo la scomunica, doveva il conte indurre alla ragione e alla penitenza (3). L'arciprete annunziava l'arrivo del vescovo per tenere il sinodo: il popolo doveva intervenire. Il vescovo sceglieva sette parrochiani *testes synodales* tenuti a rivelare gli omicidii, gli stupri, gli adulterii, i sacrilegi, i padroni che prostituiscono le serve e quanto altro di scandaloso avviene contro la morale e la disciplina ecclesiastica. Il vescovo doveva segnalare ai *missi* la negligenza delle pubbliche autorità: queste alla loro volta la condotta del vescovo e il suo rifiuto a dare giustizia a tutti, e per indurlo ad uniformarsi alle leggi e a compiere i doveri del suo ministerio potevano restare a carico e a spese di lui: *de ipsius rebus vivant quandiu in eo loco iustitias facere debent* (4). Sopra i vescovi stavano i *missi* come controllori (5), finchè i vescovi furono riguardati come *missi dominici in suo episcopio* (6).

16. Tale il diritto riconosciuto ai vescovi per un foro speciale pei chierici e i beni delle chiese. La pratica sembrerebbe scostarsi dalle parole della legge, e le cause delle persone ecclesiastiche essere trattate al tribunale secolare. Ma ciò è perfettamente in armonia con quanto si è detto sulla simultanea concorrenza dei

(1) Capit. mantuan. 781, c. 6, pag. 190.
(2) Capit. longob. 813, cit.
(3) Karoli II Suess. Conventus 853, c. 10, pag. 263.
(4) Capit. 819, c. 23, pag. 335.
(5) Edict. 789, c. 27; Respons. 814, c. 5, pag. 44, 145.
(6) Capit. 876, c. 12, pag. 100.

Digitized by Google

due tribunali, non rivali, non escludentisi, ma associati, ma investiti di eguale competenza. Però è necessario avvertire che i documenti relativi a cause di chierici o di beni di chiese contro laici o ad accuse fra persone ecclesiastiche discusse al tribunale pubblico, riguardano placiti tenuti alla presenza del sovrano o di un *missus dominicus*, sia questi conte o vescovo. Allora è evidente che la competenza di tali giudici non solo assorbiva le altre competenze ma era sollecitata da quegli stessi che avrebbero potuto eccepire la competenza di altri giudicanti. Se ecclesiastici ricorrevano al tribunale pubblico contro laici, non dovevano essere respinti: *De iustitiis ecclesiarum ut in publicis iudiciis non despiciantur clamantes sed diligenter audiantur* (1) — *iustitia ecclesiarum in publicis iudiciis audiatur* (2). *Missi* e conti dovevano anzi nell'esame preferire le cause delle chiese a quelle dei laici (3), procedere a indagini, con dovere e diritto di *inquisitio* (4), applicando la procedura ordinaria, compreso il duello. Nemmeno si discute che se alcuna delle parti citate potesse opporre l'incompetenza del tribunale secolare, cioè del *missus* e del conte, davanti ai quali (*in mallo publico ad praesentiam comitis*) tutte le cause, anche queste di chiese, ricevono *legitimus terminus* (5).

17. Come al tempo del regno longobardo, così anche sotto i Franchi nei placiti presieduti dal re o dal suo *missus* si discutono le cause di beni fra chiese e chiese o chiese contro laici (6): e come le chiese invocano diplomi imperiali per la conferma dei loro possessi, invocano sentenze imperiali col banno solenne per difenderli. Nel 820 Ludovico Pio incaricò suoi messi di giudicare una causa fra il vescovo di Spoleto e il monastero di Farfa, ordinando che se essi non potevano definirla, la riservassero al tribunale imperiale (7). Si può dire che tutte le sentenze del tribunale dell'imperatore o dei suoi *missi* a noi pervenute riguardano cause di chiese: per es. an. 838 i messi imperiali ordinano che si

(1) Capit. in Villa Theodonis 806, c. 2; Capit. missorum 806, c. 2, pag. 122, 184.

(2) Capit. Papiense 832, c. 32, pag. 364.

(3) Capit. mantuan. 781, c. 1, pag. 180, 75; Convent. Silvac. 853, c. 2,

(4) Capit. missor. 855, c. 1, pag. 83.

(5) Hludovici Capit. Aquisgr. 817, c. 10, pag. 273.

(6) *Regesto di Farfa*, I, n. 30, an. 747; n. 104, an. 777.

(7) FATTESCHI, *Mem. dei duchi di Spoleto*, pag. 287.

Digitized by Google

proceda a un esame testimoniale intorno ai possessi di una chiesa[1]: — an. 840 due *missi d. imper.* giudicano una causa fra due monasteri per certe terre [2]: — an. 857 una chiesa cita un monastero a comparire davanti al *missus dom.* per decidere su certi beni che rivendica [3]: — an. 859 un laico si querela davanti a un *missus* contro un monastero e questo è citato a comparire per mezzo dell'avvocato [4]: — an. 865, 890 cause davanti al *comes in placitum publicum* fra monastero e laico [5]: — an. 833 causa fra il vescovo di Arezzo e un monastero avanti al conte, *iuxta iussionem et indiculum d. imperatoris* [6]: — an. 838 causa fra il vescovo di Ravenna e un vasso imperiale davanti a *missus d. imp.* [7]: — an. 855 placito di un duca in causa del vescovo di Rimini contro un abbate [8].

Appare anzi come privilegio il foro imperiale o dei *missi dom.* per le cause dei vescovi, essi che dovevano assistere ai *placita maiora*, assieme ai funzionari laici [9]. Incmaro dice chiaramente che ai vescovi compete il foro regio [10]. Veramente la legge accordava questo foro solo nelle loro cause contro conti [11], o quando le chiese erano nel mundio regio [12].

18. Al X sec. il tribunale dei *missi* continuò ad esercitare piena giurisdizione nelle cause dei vescovi e dei monasteri: o sono laici che li citano [13], o sono vescovi in lite fra di loro: per es. an. 915 il vescovo di Lodi citò quello di Lucca davanti a un legato di Berengario [14]: — an. 967 davanti a duca *abbas querelatus est super episcopum de abbatia* [15]: — an. 970 causa fra due vescovi

---

(1) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 539.
(2) Id., IV, 2, n. 564.
(3) MURATORI, I, 557.
(4) GIULINI, *Mem. di Milano*, I, 448-450.
(5) Id., I, 451; II, 473.
(6) MURATORI, V, 923.
(7) VESI, I, 86.
(8) Id., I, 122.
(9) Capit. minora, c. 14, pag. 116.
(10) *Quaterniones Carolo regi*, *Opera*, II, 316.
(11) Capit. Aquisgr., 802, c. 2, pag. 94.
(12) Id., c. 20, pag. 277.
(13) an. 910, 969, 970, 975: MURATORI, *Rer. it. Script.*, II, 2, pag. 951, 957, 961, 965, 973, 974, 977.
(14) *Chartar. Mon. h. patr.*, c. 867.
(15) MURATORI, *Rer. it. Script.*, II, 2, 954.

Digitized by Google

davanti a messo per questione di diritti sopra persone (1): — an. 981 causa di un laico contro un abbate per terre davanti a messi imperiali (2), e così tante altre (3). Si svolge la procedura ordinaria: giudicano gli scabini, sentenziano il re, il duca o il *missus dominicus* (4). Malgrado che le leggi fossero così esplicite in favore della competenza del sinodo o del metropolitano, i vescovi preferivano ed a ragione il tribunale supremo laico a quello dei loro pari. Malgrado che anche un Sinodo di Ravenna interdicesse citare il vescovo *coram laicis*, era inteso che tale divieto non valeva pel tribunale dell'imperatore o dei suoi delegati. E tale dualismo non contraddiceva al diritto pubblico del tempo.

19. Anche per le cause dei chierici contro laici e viceversa o fra chierici per beni temporali, la pratica non escludeva la competenza del tribunale secolare e quasi la preferiva, da legittimare il sospetto dell'inosservanza dei privilegi forensi da parte degli stessi privilegiati, e delle leggi vietanti ai chierici *discurrere per placita sive ad palatium* (5). Il fatto è che le stesse leggi erano spesso contradditorie, in quanto mentre alcune vietavano questo ricorso, altre ordinavano che in causa fra chierico e laico, decidessero di accordo vescovo e conte (6), ed altre ancora imponevano al chierico condannato prima la pena del banno e poi quella canonica (7). Abbondano gli esempi: an. 843 un arcidiacono litiga davanti al conte di Bergamo (8): — an. 847 gli avvocati di chiese davanti al tribunale pubblico rivendicano certi beni (9): — an. 863 lite davanti allo stesso tribunale fra un chie-

---

(1) MITTARELLI e COSTADONI, *Ann. Camald.*, I, 83.

(2) GALLETTI, *Tre chiese*, 68, 81, 96, 113.

(3) an. 981, 995, 998 causa di abbate contro laico, in FATTESCHI, 301, 303, 304, 307, 309; an. 960 e 990 causa fra due abbati: *Codex diplom. cavensis.*, II, 186, 211, 289; an. 946: Id., I, 228; an. 918 fra laico e abbate, in DI BLASIO, *Series principum langob.*, 151.

(4) Menzione di scabini: *Codex cavens.*, II, 186 e 211; DI BLASIO, 151; MURATORI, I, 974 e *Rer. ital. Script.*, II, 2, 954. Menzione di *dativi*, VESI, I, 86.

(5) Hludov. II Capitula diversa 875, c. 35.

(6) Capit. Francfort. 794, c. 30, pag. 278.

(7) Capit. longob. 813, c. 12; Pipini Capit. 800-810, pag. 207.

(8) LUPI, *Codice dipl. bergam.*, I, 699.

(9) MURATORI, I, 505, 511, 527; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 661, 668, 686.

Digitized by Google

rico e un laico (1): — an. 865 fra il custode di una chiesa e una laico (2): — an. 875 fra l'*advocatus de plebe S. Petri* e un altro *advocatus* di chiesa, invocanti la *inquisitio* (3): — an. 880 fra un laico e l'avvocato di una chiesa di Asti (4): — an. 880 lo stesso per illecito pascolo (5).

Le stesse condizioni trovansi nell'Italia meridionale, nei territori dei ducati napoletani (6), o dei longobardi (7), a Roma (8). Lo stesso si verifica nel corso del secolo X; e chierici continuano a essere citati davanti al tribunale ordinario da laici per questioni di terre, di pascoli, ecc. (9).

Sarebbe procedere con idee moderne, nemmeno del resto applicate nei secoli in cui era meglio decisa la competenza del foro ecclesiastico, ritenere che tale ricorso al tribunale pubblico significasse disconoscimento delle prerogative sancite dal diritto pubblico ai vescovi e ai chierici. Anche il vescovo era competente, ma restava anche competente il tribunale ordinario e senza contestazione quello del re o del suo *missus*, al quale si poteva adire direttamente in virtù di privilegio speciale o quando il conte si fosse rifiutato a prendere in esame la causa (10). Non vi era discussione sopra questo punto: piuttosto nei circoli ecclesiastici si esprimeva il desiderio che fosse riconosciuto ai chierici un diritto di rappresentanza, cioè di non comparire personalmente ma per mezzo di procuratore: *respondeant misso procuratore* (11); così avrebbero fuggito il rumore dei tribunali: ma sebbene le

---

(1) FUMAGALLI, pag. 335, 367; *Codex dipl. Longob.*, n. 226, 229.

(2) MURATORI, I, 495; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 774.

(3) BOSELLI, *Storie piacentine*, I, pag. 284.

(4) UGHELLI, IV, 339.

(5) MURATORI, I, 435.

(6) *Codex dipl. cavens.*, I, n. 114, 115.

(7) an. 894: DE BLASIO, *Series*, pag. 145, n. 78, 79, 112.

(8) an. 901: UGHELLI, I, 799. Cfr. Hlothar., Constit. roman. 824, c. 4 e 8.

(9) an. 974: MORBIO, *Storia dei municipii italiani*, 1836, I, 116; an. 998: AFFÒ, *Storia di Parma*, I, 267, 374; BOSELLI, *Storie piacent.*, I, 284; an. 1001: AFFAROSI, *Mem. di Reggio*, I, 367; MURATORI, I, 407; TIRABOSCHI, *Mem. moden.*, I, 104; an. 1013: MURATORI, *Antichità estensi*, I, 185; FICKER, IV, n. 37, 38, 39, 40; FRISI, *Mem. di Monza*, II, n. 7; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 930.

(10) an. 813: MURATORI, III, 161.

(11) HINCMARI, *Opera*: de presbyteris criminosis, c. 2 e 29, ed. Migne, pag. 1093, 1108.

Digitized by Google

leggi avessero accordato anche l'avvocato, i chierici intervenivano personalmente a difendere le cause loro e delle loro chiese. Devesi tuttavia attribuire molta efficacia all'insistente lavorio di Benedetto Levita e dello Pseudo Isidoro per affermare l'esclusiva competenza del vescovo nelle cause civili delle chiese e dei chierici e nelle criminali di questi. Il proposito è evidente: e la loro opera correva parallela a quella dei Concilii che ribadivano le aspirazioni dell'antica chiesa gallica sulla giurisdizione civile del vescovo, aspirazioni di cui la debolezza dei pubblici poteri favoriva la realizzazione. La Francia è il paese ove il foro ecclesiastico raggiunse più presto il trionfo: alla Francia appartiene Incmaro che scriveva: *Episcopi et ecclesiastici secundum apostolicam doctrinam et canones non de crimine neque de civili causa apud seculares iudicari neque ad secularia iudicia debent invitari vel trahi*. E ancora: « *Non licet, postposito vel comtempto ecclesiastico iudicio ad secularia iudicia convolare vel quemcumque vel etiam laicam personam pertrahere neque ad forum suum sequi si ipsa laica persona consenserit ecclesiasticum subire iudicium, sicut Lex Valentiniani quam probat ecclesia, demonstrat* (1). In Italia il vescovo Raterio, malgrado pure invocasse i canoni vietanti ai chierici di andare al comitato del re (2), fu dai chierici accusato al pubblico tribunale che lo condannò all'esilio (3); e Attone al sec. X non poneva fra i mali di cui soffrivano le chiese l'ingerenza del potere pubblico nelle controversie giudiziarie di esse, ma anzi la riguardava come la più efficace tutela.

20. Si potrebbe anche dire che la conciliazione fra la pratica e le esigenze della legge canonica era trovata coll'intervento del vescovo accanto al conte nei placiti ove discutevansi cause di chierici o di chiese. Si è già citato il Capitolare di Francoforte del 794; c. 30 che ordinava nel caso di *contentio inter clericum et laicum* che *episcopus et comes simul conveniant et unanimiter inter eos causam diffiniant secundum rectitudinem.* Su questo punto i documenti non lasciano dubbii in proposito. Per lo più nei placiti davasi la presidenza di onore del vescovo locale, che era anche un *missus dominicus* di diritto, e ciò spiega tutto, e che nella gerarchia politica franca occupava il posto più alto. Il ve-

(1) *Opera*, II, 320, 327.
(2) RATHERII, *Opera*, pag. 507.
(3) Id., pag. 507.

Digitized by Google

scovo o assiste col conte o coi *missi* o presiede da solo il placito ove gli scabini giudicano (1), e firma con essi (2), oppure *episcopi et iudices dixerunt et iudices iudicaverunt* (3) — *senatus et populi multitudo laudaverunt* (4). E che il vescovo non sia interamente spettatore, ma diriga il processo risulta da queste parole: *quaesivi vos hante episcopum et ante plures homines in Aricio nobiliores ipsius civitatis... dedisti mihi wadiam per iudicium ex iussione episcopi* (5) — *dum resideret archiepisc. Placentinus in generali placito... iussione d. T. imperatricis... hoc audito a episcopi stipulati sunt iudicibus* (6). La presenza dei vescovi nei placiti prova l'accordo fra i due poteri e l'influenza dell'episcopato: il principio confessionale trionfa senza ombra di dubbio. « Vescovi e Conti siano unanimi nel definire con giustizia e carità le controversie » (7); « i vescovi aiutino i conti nell'amministrare la giustizia » (8). E quest'unione si manifestava anche col fatto che le assemblee giudiziarie spesso si tenevano nella casa o palazzo vescovile, il migliore edificio cittadino (9).

L'ordinamento pubblico dell'Impero franco è una costruzione ibrida, composta di parti fra loro non armoniche: il che è anche dovuta ai diversi popoli che vi partecipavano, ai varii elementi che contribuirono a metterlo assieme. Dovendosi adattare a varie tendenze e conciliarle nel modo migliore non potè realizzare la unità di principii direttivi; e poi dovendo poggiarsi principalmente sull'influenza della Chiesa, si può essere in dubbio se fu questa a fare a sè un posto accanto al potere secolare o viceversa. In questo sistema di conciliazione, lo storico deve notare come il medioevo non abbia conosciuto il concetto della sovranità statale.

---

(1) an. 847: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 648, 652.

(2) an. 844: MURATORI, I, 490; an. 885: VESI, I, 122; AFFÒ, *Storia di Parma*, I, pag. 360.

(3) FANTUZZI, *Monum. ravenn.*, IV, pag. 190.

(4) an. 973: SAVIOLI, *Annali bolognesi*, I, 2, pag. 55.

(5) FICKER, IV, n. 11.

(6) FANTUZZI, I, pag. 218, an. 990.

(7) Capit. Aquisgran. 802, c. 10, pag. 94.

(8) Capit. Aquisgr. 802, c. 10, pag. 94.

(9) an. 858: MURATORI, III, 1033.

Digitized by Google

CAPO VI.

La giurisdizione patrimoniale e immunitaria dal secolo IX al XII

MURATORI, *Antiq. italicae medii aevi*, diss. L e LXXI; LOENING, *Geschichte d. deutsches Kirchenrecht*, II, 728 e seg., 1878; SICKEL, *Mundbrief und Immunität der ersten Karolinger, Wiener Akad. Sitzungsberichte*, XLVII, XLIX; STENGEL, id. 1910; PROST, *L'immunité* (nella Nouvelle revue historique de droit, VI); FUSTEL DE COULANGES, *Revue historique*, XXII, XXIII; KROELL, *L'immunité franque*, 1910; SEELINGER, *Die soziale und politische Bedeutung der Grundherrschaften im früheren Mittelalter*, 1903; WAITZ, *Deutsche Verfassungsgesch.*, IV, 187-232; MEYER, *Italien. Verfass.*, II, 1913; DOPSCH, *Wirthschaftsentwicklung der Karolinger*, II, 1913; SALVIOLI, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, vol. II, « Storia dell'immunità, delle signorie e giustizie delle Chiese in Italia » (negli Atti e memorie della Deputazione di storia patria delle provincie modenesi e parmensi, serie III, vol. V e VI, 1888), ristamp. con aggiunta di un'introduzione, Napoli, Detken, 1917. PIVANO, *Stato e Chiesa da Berengario ad Arduino*, 1908; PIVANO, *Immunità ecclesiastica*, nel volume in onore di FRIEDBERG, 1907.

1. Quando la compagine dell'Impero carolingio fu spezzata dallo sviluppo preso dal feudo e dall'immunità, anche il potere giurisdizionale pubblico subì delle profonde trasformazioni, in quanto il potere di amministrare giustizia fu riconosciuto come diritto spettante a quelli investiti di feudo o dotati di privilegi immunitari sui loro territori feudali e patrimoniali e sui loro dipendenti. I re rinunziarono a quello che è la suprema prerogativa della sovranità, la *iurisdictio*, che fu ceduta od usurpata: i placiti pubblici finirono per essere abbandonati, perchè gli uomini liberi che secondo le leggi li avrebbero dovuto frequentare, dipendendo da un *senior* o da un proprietario immunista, erano

Digitized by Google

da questo giudicati nelle loro cause civili e criminali, secondo che erano in possesso del *merum et mixtum imperium* e del *bannum sanguinis*. Le forche stavano all'ingresso di ogni castello. L'avvocato del vescovo e dell'abbate era divenuto il giudice del distretto episcopale o nei possedimenti del monastero. I conti esercitavano la giustizia non più quali funzionari regi, ma per proprio diritto ereditario: erano così anche inamovibili. Di questo sfasciarsi del potere centrale avevano approffittato i tribunali ecclesiastici per riservarsi una quantità di cause, grazie all'estensione del privilegio di cause pie e di persone ecclesiastiche; così il tribunale della chiesa per diverse vie aveva grandemente allargata la sua competenza.

Ecco a che portò il processo di infeudamento della giurisdizione divenuta un'appendice del feudo, un diritto inerente alla proprietà, venduto, ceduto con questa. Ed è questo processo che qui va spiegato.

2. Sotto il regno ostrogoto e longobardo non vi fu che la giustizia del re: nè i signori laici ebbero giurisdizione sui loro dipendenti, nè i privilegi di immunità importavano alcuna diminuzione all'esercizio della giustizia ordinaria. Si noti che un regime di privilegio in favore della Chiesa o dei grandi signori laici non fu esclusivo della società franca ma lo conobbero altre società. I Longobardi p. es., avevano accordato a chiese e a monasteri esenzioni da tributi e speciali procedure giudiziarie, quando estendevano loro il mundio regio. Questi privilegi sono compresi sotto le espressioni *tuitio, defensio, mundeburbium*, ed elevavano le chiese postesi nella *defensio* per mezzo della *traditio in manibus regis* allo stesso grado delle chiese regie, che erano equiparate ai beni del fisco. Quali fossero i limiti di questa protezione non è facile stabilire [1], anche per una ragione generale, cioè che i diritti medievali non contenevano delle nozioni fisse con limiti inalterabili, così che ogni categoria giuridica avesse dei caratteri così nitidamente determinati come si pretende dai diritti moderni.

Così non è possibile affermare che sempre la *traditio* assegnasse al protettore la rappresentanza giudiziaria del protetto, poichè si vedono chiese protette *in defensione* stare da sè davanti ai

---

[1] Per queste controversie vedi la mia Introduzione alla *Storia delle immunità, delle signorie e delle giustizie delle Chiese in Italia*, Napoli 1917.

Digitized by Google

tribunali [1]; come anche resta incerto se per la protezione le cause delle chiese protette fossero equiparate alle *causae regales*.

La Chiesa aveva avuto privilegi dagli Imperatori romani ed era tenace nel conservarli. La tradizione non li faceva obliare, l'interesse ne consigliava il rispetto o il ripristino: i vescovi si trasmettevano il ricordo delle concessioni imperiali quando essi e le loro chiese erano stati esonerati dai *munera personalia* e *patrimonialia*, la stessa esenzione di cui godevano i beni del fisco, e che i Longobardi avevano conservata anche pei beni del loro fisco. Le chiese che essi posero *in defensione regis* godettero di questa esenzione, e quindi l'immunità longobarda ha solo carattere finanziario, ed è identica a quella ostrogotica e visigotica e all'altra che si ebbe nei territori bizantini, cioè è la romana, una derivazione dell'immunità imperiale, diversa dalla merovingia, resa necessaria dallo stato anarchico delle Gallie ove i *potentes*, cioè i grandi proprietari di interi *vici* si erano costituiti signori nelle loro terre sottraendosi all'autorità politica e giudiziaria dei magistrati municipali, al freno del *paeses provinciae*, formando delle isole dove governavano, dove aprivano asilo ai servi fuggiaschi, signori sopra i loro coloni e clienti posti sotto il loro *patrocinium*. Nelle Gallie quei *potentes* erano signori feudali nelle loro *villae* fino dal sec. V; e se un estraneo aveva una lite con un residente nella *villa*, al signore ricorreva e non al pubblico tribunale [2]. I Merovingi non solo non riuscirono ad abbattere questa feudalità, ma su di essa si appoggiarono.

3. In Italia le immunità hanno una portata minore, specialmente perchè i Longobardi in parte continuatori della tradizione romana, non abdicarono alle prerogative regie o ai diritti popolari in favore di un'aristocrazia che fu debole o delle chiese non

---

(1) Secondo Aist. 17 vi sarebbe una distinzione fra chiese *in defensione palatii* e chiese che *ad palatium pertineunt*, che sarebbero quelle del fisco. Questa distinzione fu conservata nella tradizione letteraria pavese (v. Comm. alla Lombarda di Ariprando e Alberto, pag. 17). E poichè solo il *duplum* è riservato alle chiese *quae in regis proprietate sunt*, devesi concludere che le chiese protette non godevano i privilegi delle *causae fiscales*. Non si dimentichi la poca benevolenza dei Longobardi verso la Chiesa, anche senza ritenere che ne fossero sistematici persecutori; nè dippoi furono larghi nel porla fuori o sopra lo Stato.

(2) SIDONII, *Epistolae*, III, 12; IV, 9 (ed. dei *Monum. Germ.*); SYMMACHI, *Epistolae*, I, 68; III, 69; Cod. Theod., II, 13; l. 3, Id., I, 11.

Digitized by Google

ancor assurte a potenza economica pari alle chiese delle Gallie. Qui poche città e distanti, immensi latifondi chiusi, i *vici* e le *ville* per le quali è fatto il *Capit. de villis*. In Italia la proprietà delle chiese è frazionata e lentamente fa il suo corso il processo di accentrare gli sparsi mansi per via delle commutazioni. La piccola proprietà non è scomparsa e resiste. Numerosi i grandi possessi del fisco che poi sotto i Carolingi passeranno nelle mani dei grandi funzionari come retribuzione vitalizia e poi ereditaria; e questa classe di alti funzionari costituirà poi le file dell'aristocrazia feudale. Infine numerosi i centri urbani da cui irradia sulla campagna l'amministrazione finanziaria e giudiziaria [1].

4. La parola *immunità* non ha lo stesso significato in tutti i paesi e in tutte le epoche, ed anche la formola cancelleresca dei diplomi che la concedono sebbene cristallizzata o riprodotta con poche varianti, non dice sempre la stessa cosa. Siccome le chiese erano solite farsi confermare da ogni nuovo re i privilegi precedentemente ottenuti, quasi per l'idea che la concessione fosse personale e morisse col concedente, così si ripetevano le frasi scritte nei diplomi antichi; ma si può dubitare se le frasi vecchie avevano sempre lo stesso senso o non ne ricevessero un altro, conforme alla storia che si svolgeva a danno del potere pubblico, a vantaggio del feudalismo che si era già radicato. Gli stessi imperatori volendo fondare la loro potenza piuttosto sui vescovi e gli abbati di cui potevano influire la scelta, non erano alieni, pur usando le stesse formole di cent'anni prima, di concedere qualche cosa di più e di diverso.

5. Come si è detto l'immunità largita alle chiese dai re longobardi non importava che esenzione dai tributi, da quanto il fisco poteva sperare [2], dagli oneri che i coloni dovevano al pubblico [3]. Era sempre molto non pagare l'imposte nè sottostare a tutte quelle prestazioni di lavoro per le strade e i ponti sulle quali era basato in gran parte la finanza del tempo, o dall'obbligo di ospitare i funzionari regi. Soltanto la chiesa posta *sub palatii defensione* poteva reclamare direttamente al tribu-

---

[1] Questa costituzione economica e demologica è descritta nei miei *Contributi alla storia economica d'Italia nel medio evo*: 1. « Stato e popolazione d'Italia prima del mille », 2. « Città e campagne », Palermo 1899-1900 e nella *Storia economica d'Italia nell'alto medioevo*, Napoli 1912.

[2] TROYA, III, 399, 504.

[3] TROYA, IV, 693.

Digitized by Google

nale del re per le sue cause; ma la posizione dei suoi dipendenti non era mutata giacchè continuavano a stare sotto la giurisdizione ordinaria. L'espressione *iurisdictio monasterii* che si trova in qualche carta (1) non può indurci ad ammettere l'esercizio di poteri giurisdizionali civili o criminali da parte di enti ecclesiastici, giacchè con essa si allude alla giurisdizione spirituale (2).

I Franchi portarono in Italia una loro immunità concessa con una formola stereotipata non diversa da quella adoperata nella cancelleria imperiale di oltre le Alpi, e ne fecero una larga distribuzione, forse per conquistare l'appoggio dell'alto clero. Certo si abbarbicò bene, vi prosperò con rigoglio straordinario, e tanto crebbe attorno all' albero principale da avvilupparlo coi suoi convolvoli e le barbe sì da farlo sterile e caduco.

La formola di concessione che durò immutata per due secoli così suona: *ut nullus iudex publicus ad causas audiendas aut freda exigendum non praesumat ingredi, sed pontifex vel successores eius sub integre emunitatis nomine valeant dominare — nulla potestas publica iudiciaria in villas ubicunque in regno nostro... ad audiendas altercationes ingredere aut freda de quaslibet causas exigere, aut mansiones aut paratas aut fideiussores tollere non praesumat sed quidquid exinde aut de ingenuis aut de servis supra terras cum manentes, fiscus sperare potuerat, in luminaribus eiusdem ecclesiae proficiat in perpetuam* (3).

La concessione contiene un favore, un *beneficium* ora concesso isolatamente, ora unito al mundio o ad altri privilegi, come la libera elezione dell'abate, cioè senza l'intervento del vescovo o del conte (4), al diritto di fare la prova *per inquisitionem* (5), al divieto di turbare i possessi del pio luogo se i documenti andavano perduti (6). Si concede assieme la facoltà di nominarsi l'avvocato (7), di far permute (8), di ricevere donazioni (9), di recla-

(1) TROYA, IV, n. 649.

(2) Le carte (TROYA, IV, 653, 671; V, 773) sono false o sospette.

(3) Formulae Marculfi I, 3 (ed. Rozière 16; ed. ZEUMER, in *Mon. Germaniae*, pag. 43).

(4) an. 844: *Regesto di Farfa*, I, 242; an. 837: MURATORI, V, 279.

(5) an. 841: MURATORI, V, 214.

(6) BÖHMER, 224.

(7) an. 857: MURATORI, V, 279.

(8) an. 843: Id., V, 941.

(9) *Regesto di Farfa*, I, n. 264; FUMAGALLI, *Codice diplom. S. Ambrosiano*, n. 115.

Digitized by Google

mare i monaci fuggitivi [1], di poter far pascolare gli animali nelle terre pubbliche [2]. Era una concessione perpetua, estesa ai beni presenti e futuri, ben distinta dalla concessione del mundio che si collegava alla *commendatio* e *traditio in manibus* ed era perciò una *defensio* personale per un rapporto di dipendenza o di proprietà [3]: così che nessun luogo pio indipendente o appartenente a un privato poteva essere nel mundio regio. Se mundio e immunità si trovano uniti, ciò avveniva pei chiostri di regia fondazione o datisi per la *traditio*, i quali allora come tutti i beni regii avevano immunità e *defensio*, oppure per chiese commendate al re, poste quindi sotto il suo mundio e come le altre capaci di ricevere l'immunità. Fu sotto Lodovico Pio che il mundio regio implicò l'immunità e viceversa, trovando le chiese che maggiori erano i privilegi che provenivano dal mundio che quelli che implicava la formola così sonora dell'immunità.

La formola contiene privilegi fiscali ma non militari: e di quelli non è il caso di parlare [4]. Essa parla di divieto al giudice di entrare *ad causas audiendas aut homines ecclesiae contra rationis ordine distringendos* e se ne dà la ragione: vuolsi finirla colle oppressioni fatte dai ministri regi sulle terre e contro i dipendenti della chiesa; vuolsi liberar questa dalle molestie causate dalla presenza del conte che portandosi nelle ville ecclesiastiche per tenere i suoi placiti, non contento di trovarvi col suo seguito alloggio e vitto, vi commette ogni sorta di abusi, bistratta uomini e cose, ruba, più pronto a *inquietare, depravare, de rebus abstrahere, iniquiter defraudare* [5], che a render giustizia. Per eliminare questi inconvenienti, il re autorizza le chiese immuni a opporsi al suo ingresso, sia per tenere placiti che per eseguire le sentenze. Le parole dicono solo che i funzionari pubblici non entreranno nelle terre immuni per fare giustizia, tenere tribunali, procedere a sequestri. Non era necessario entrare nelle terre delle chiese per giudicare i dipendenti, e il negare questa

---

(1) *Regesto di Farfa*, I, n. 244.

(2) Id., I, n. 243.

(3) Concessione di solo mundio: an. 793 Carlo M. alla chiesa di Treviso, in VERCI, *Storia della marca Trevigiana*, I, 1, 243. Altre di mundio e immunità v. AFFO, *Storia di Parma*, I, 281; TIRABOSCHI, *Modena*, I, 2.

(4) Vedi la mia citata *Storia dell'immunità*, pag. 21-27.

(5) PARDESSUS-BREQUIGNY, n. 270, 341, 599.

Digitized by Google

facoltà al conte non implicava la concessione della giurisdizione al vescovo o all'abate sui suoi dipendenti.

6. La formola dell'immunità presa per se stessa ha un valore negativo e non importa alcuna concessione positiva. Vieta di prendere fideiussori, cioè persone che si obblighino a far presentare il citato al tribunale del conte, quindi incaricate della polizia giudiziaria, responsabili dell'esecuzione delle sentenze (1). Vieta di entrare nelle terre immuni per esigervi multe, per compiere atti giudiziari. Così si estende a tutta la terra ecclesiastica quel privilegio che era proprio della *corte*, cioè del luogo circostante alla casa, ai luoghi chiusi, di essere esente da molestia qualsiasi, al punto che ogni *corte* è chiusa a tutti. Ma simile privilegio era anche proprio dei luoghi destinati al culto, e l'antico diritto canonico vietava si tenessero tribunali nei luoghi sacri e che il clamore dei contendenti risuonasse sotto le volte delle chiese, o nei pressi di esse. Sviluppatosi poi il diritto di asilo nel territorio consacrato, era necessario impedire che sopra questo il giudice portasse le sue tende, altrimenti quel diritto sarebbe stato illusorio: e difatti i Capitolari carolingi estesero tale privilegio dalla chiesa propriamente detta all'atrio, ai portici, alla casa annessa. Il diploma di immunità lo estendeva a tutta la terra della chiesa privilegiata. I Concilii avevano cercato di ottenere per la maggiore tranquillità dei chierici, che i giudici stessero lontani dalle terre delle chiese: ma tale divieto non voleva significare che i suoi poteri giurisdizionali fossero distrutti e all'incontro al vescovo fosse data licenza di inaugurare un suo speciale tribunale immunitario o patrimoniale.

Si deve mettere tale semplice e naturale interpretazione accosto alle narrazioni degli scrittori dell'epoca che mai accennano che l'esclusione del giudice importasse che al vescovo o all'abbate fosse deferita l'amministrazione della giustizia; il che non avrebbero taciuto e anzi avrebbero magnificato la giustizia ecclesiastica di contro a quella secolare ordinaria.

7. Fin verso la seconda metà del sec. IX l'immunità in materia giudiziaria non sopprimeva l'imperio del giudice laico, ma soltanto gli impediva di entrare nelle terre immuni per tenervi placiti o di entrarvi a capriccio per bandire placiti volon-

(1) Marculf. I, 28; Capit. legibus addenda 818, c. 15, pag. 284; 803, c. 4, pag. 115; Capit. wormens. 829, c. 4, Capit. Olon., 823, c. 3, pag. 319.

Digitized by Google

tari oltre i comandati. Simile concessione è in armonia colle altre vietanti all'ufficiale pubblico di riscuotere i tributi, che invece saranno riscossi dai ministri dell'immunista che poi si verseranno all'erario pubblico. Ora tale sistema di sostituire ai pubblici funzionari quelli dell'immunista fu esteso anche alla esecuzione delle sentenze giudiziarie pronunciate dal conte sopra i residenti nell'immunità. Si noti il motivo con cui l'immunità è concessa non per accrescere il potere del vescovo o per investirlo di importanti funzioni od onori, ma perchè *monachi quieto ordine vivant et Deo serviant — ut remota malignorum hominum infestatione exorare delectent — pro quiete servorum Dei* (1), dunque per assicurare la quiete, eliminare quanto poteva turbarla, cioè la presenza dei funzionari e dei giudici, i conflitti possibili fra questi e gli agenti delle chiese, le spese che dovevano sostenere le popolazioni pel mantenimento del giudice e di tutto il seguito quando si fermava in qualche luogo. Erano disastri che si volevano evitare (2), quando si abbia presente che il giudice bandendo il placito poteva riunire centinaia di persone sulle terre di chicchessia: e se vi era per fortuna un monastero, i granai e le cantine di esso dovevan provvedere alle necessità di tutti. Il privilegio di immunità sopprime i disordini, i conflitti, le spogliazioni. Non tenendo il conte più placiti nelle terre immuni, non potendo più sequestrare fideiussori, eseguire direttamente sentenze, provvedersi di alloggio e di vitto, la chiesa avrà la sua quiete.

Ciò non significa che l'autorità pubblica e il potere del conte fossero scomparsi: solo vennero mutati il procedimento, il modo di presentarsi al placito da parte dei residenti nelle terre immuni e i mezzi di esecuzione della sentenza: e questi risultati si ottennero colla creazione dell'*advocatus* entro l'immunità a cui era fatto obbligo di raccogliere i tributi, esercitare la polizia, catturare i deliquenti ricercati dal conte e compiere all'interno della immunità dietro ordine del conte quegli atti giudiziari di spettanza degli agenti pubblici, eseguire le sentenze pronunciate nei placiti ordinari, fare i sequestri, riscuotere le multe, rappresentare i dipendenti al tribunale del conte. Quest'ultimo incarico di rappresentanza era comune agli avvocati di tutte le chiese

(1) Marculfi, I, 2.

(2) A ciò si allude nel diploma dell'anno 882 *ne pignorationis occasio aditum rapinae praedatoribus praestet*: UGHELLI, II, 251.

Digitized by Google

aventi *servi* e *coloni* (1); ma per gli avvocati delle immunità importava anche quello di condurvi tutti i dipendenti, anche se liberi e di eseguire contro tutti la sentenza del conte. L'avvocato fu così l'intermediario fra il potere pubblico e i dipendenti, l'organo che completava l'azione del conte, e che era responsabile dell'osservanza delle leggi da parte dei residenti. Questa è la ragione per cui il re poteva liberare questi, senza danno dell'amministrazione della giustizia, dall'essere fideiussori, giacchè l'avvocato rispondeva della comparsa di tutti i dipendenti e della esecuzione della sentenza, li conduceva al placito e pignorava e catturava per eseguire la sentenza. Lo dicono le leggi: *advocati iustitiam faciant et suscipiant* (2) — *in mallo publico ad praesentiam comitis veniant* (3) — *iustitiam faciant ante suum comitem* (4); cioè l'avvocato si presenti al placito, si sottometta alla sentenza del conte per sè e per la chiesa e per le persone che rappresenta e che deve accompagnare al tribunale pubblico.

Ne veniva che i servi, gli aldi e i coloni ecclesiastici non erano sottratti alla giurisdizione ordinaria ma godevano del diritto di essere presentati al tribunale dall'avvocato. Del resto la legge riconosceva loro il diritto di adire al tribunale pubblico contro i loro signori anche se questi erano protetti da privilegi di immunità (5). Nelle cause di dipendenti contro terzi e nelle criminali il vescovo doveva essere informato, mandare il suo avvocato al placito, e pagare la composizione pel suo dipendente. La pena era inflitta dal giudice e il vescovo doveva vigilare perchè fosse realmente applicata (6). Nessuna disposizione accenna a giurisdizione dell'avvocato su questi servi; soltanto la procedura

---

(1) *Missi nostri colonos et servos pauperes cuiuslibet potestatem non mallent... sed advocatus eorum malletur*: Edict. Carisiac., an. 861, pag. 355.

(2) Capit. langob. 782, c. 7; missorum 817, c. 9, pagine 163, 289.

(3) Capit. 817, c. 10, pag. 283.

(4) Capit. Olon. 823, c. 7, pag. 319.

(5) I dipendenti del mon. di Nonantola ricorrono all'imperatore contro l'abbate che li gravava di servizi insoliti: an. 852, in TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, 53. Un servo protesta la sua ingenuità citando l'abbate al tribunale del conte: an. 880, in MURATORI, I, 359. Così anche an. 846, in CAMPI, *Hist. eccles. di Piacenza*, I, 457. E pei servi di Limonta v. MURATORI, I, 773.

(6) Edict. Pistense 864, c. 2, pag. 56. Cfr. MURATORI, III, 1033; V, 276; FATTESCHI, *Memorie dei duchi di Spoleto*, 284; *Regesto di Farfa*, I, 117.

Digitized by Google

è mutata nel senso che il padrone doveva essere informato della citazione, delegare l'avvocato a presentare il citato. In quanto ai liberi restava in vigore la disposizione generale: *Liberi commendati vel beneficium ecclesiasticum habentes sicut reliqui liberi iustitias faciant* (1). Ma in compenso essi acquistarono nell'avvocato un patrono che li difendeva contro gli agenti pubblici che non potevano direttamente catturarli, nè pignorare le loro case, nè nominarli fideiussori per altri: le citazioni come le esecuzioni delle sentenze erano loro intimate per mezzo dell'avvocato: e quindi era modificata la rigida procedura germanica, mettendo un intermediario fra essi e il giudice davanti al quale comparivano ma assistiti.

8. Ma nell'interno delle signorie immuni ben presto si svilupparono tendenze di autonomia. Il divieto di ingresso aveva messo nelle mani dell'avvocato la polizia giudiziaria e il governo diretto dei residenti: non tardò il vescovo o l'abbate a valersi di questa posizione privilegiata per obbligare i residenti a rivolgersi a lui e a invocare il suo giudizio di arbitro e di pacificazione nelle controversie. Quale conseguenza dei vincoli fra dipendenti e signori doveva sorgere un diritto di ingerenza di questi nelle cause dei loro coloni e servi, esplicantesi nell'intervenire nella questione, esaminare le ragioni, proporre la propria mediazione, pronunciare una sentenza arbitrale affidata all'avvocato della chiesa. Era questa la *familiaris iustitia* che non sostituiva il banno del conte colla stessa natura giuridica ma che raggiungeva gli stessi effetti, tanta era la dipendenza in cui si trovavano verso il signore i residenti nelle signorie sì ecclesiastiche che laiche.

Segregati dal tribunale pubblico che più non vedevano sulle loro terre, i dipendenti dovettero nelle controversie fra loro preferire un arbitrato del vescovo e dell'avvocato e abituarsi a fare a meno della procedura, del resto sì gravosa del conte. Appena che una controversia scoppiava fra quei dipendenti, il primo ad esserne informato era l'avvocato che interveniva per tentare una pacificazione e risolvere amichevolmente la lite. Così la giustizia familiare di lui nelle cause civili dei dipendenti finì per prevalere, se non nel diritto certo nella pratica. In questo senso

(1) Capit. 781, c. 16, pag. 190. Cfr. diploma alla Chiesa di Reggio an. 872: UGHELLI II, 251: *liberi quos legalis coactio ad placitum exigit querere.* Per Arezzo an. 883: MURATORI, I, 870; per Piacenza: CAMPI, I, 460.

Digitized by Google

la *iustitia familiaris* non rappresentava in alcun modo l'esercizio del banno comitale, ma una semplice estensione delle funzioni di politica giudiziaria delle quali l'immunità aveva investito l'avvocato.

9. Nè qui si arrestarono le chiese che per vie indirette cercarono entrare in possesso di quello che l'immunità non conferiva e per allargare la sfera della *iustitia familiaris*. Siccome questa non potevà avere efficacia che nelle controversie dei servi, aldi e coloni, e poco in quelle dei liberi massari e altri liberi dipendenti, così cercarono di affermarla sopra questi per mezzo di convenzioni speciali o col soccorso di privilegi imperiali.

Quando ancora non erano cominciate le alienazioni di sovranità, le chiese e i signori laici, approfittando del disordine politico e della situazione privilegiata in cui li ponevano le ricchezze e il prestigio da queste derivante, allorchè concedevano terre in precario o in enfiteusi aggiungevano il patto che il precarista o l'enfiteuta dovevano rivolgersi al concedente, se nascevano contestazioni fra essi e questo. Tali convenzioni provano che una giurisdizione sui dipendenti non esisteva e che per crearla era necessario ricorrere a una simile stipulazione. Clausole simili trovansi in Toscana nel sec. IX, a Ravenna nel X, a Milano nel XI, e Genova nel XII. Questo giudizio aveva una competenza limitata alle cause derivanti da violazioni di patti del precario, non pagamento del canone, danni alla proprietà, ecc. (1).

Questo patto compromissorio si insinuò facilmente nelle concessioni di terre quanto più cresceva il prestigio feudale, ed è espresso colle formole che i concessionari solo *per iustitiam episcopi ventilare* dovevano le controversie nascenti dalla concessione (2), e il vescovo poteva *personas meas et de filiis meis, filiabus vel eredis in custodia mittere vel ante se iudicare quod voluerit sine calumnia* (3). E come le chiese così fecero anche i

(1) an. 811, 813: *Licentia sit vobis episcopo adque missis vestris per vos ipsos nos distringere sine publica auctoritate et expellere* se gli enfiteuti non pagheranno il canone: MURATORI, I, 519; V, 957; an. 855: *in iudicio patroni stare debeamus ad recta iustitia facienda et si noluerimus per potestatem nobis pignerare debeatis sine publica auctoritate*: TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 26.

(2) an. 951: FANTUZZI, *Monum. ravennati*, I, n. 13; an. 955: Id., n. 26; an. 958: Id., n. 31.

(3) MORBIO *Storia dei municipii italiani*, Milano 1856, I, pag. 50.

Digitized by Google

signori laici allivellando le loro terre: *non habeatis licentiam vos colonis de ipsa terra et alium hominem neque placitum ambulare nisi ante nostra presentia aut nostris filiis et heredibus et si hoc non feceritis sit livellum invalidum* (1).

10. Queste clausole mostrano che la competenza da esse nascente era limitata alle cause fra signore e livellari (2): nè poteva essere altrimenti: e da alcune carte risulta anche che il patto non escludeva il ricorso al tribunale pubblico (3). Siccome poi identiche clausole trovansi anche in concessioni livellarie fatte da persone private (4), le quali non potevano pretendere ad alcun esercizio di poteri giurisdizionali, in questo caso esse hanno altro significato, quello cioè di obbligare il concessionario a presentarsi al tribunale pubblico qualora il concedente vi sia citato per fatto di quello, per il fondo concesso e pel quale il concedente fu interpellato (5); obbligo dunque di sciogliere quest'ultimo dal rispondere del fatto altrui, dall'essere *auctor* o *defensor* per altri (6). È anche da notare che la parola *iustitia* ha nelle carte medievali un significato molto largo, intendendosi con essa gli obblighi vari a cui era tenuto il livellario verso il

---

(1) GIULINI, *Mem. spettanti a Milano*, II, 28.

(2) Nei documenti pisani del sec. IX il patto compromissorio divenne formola di rito notarile: *et a mandato vestro venire debeamus ad iustitiam faciendam et iudicio vestro audiendum et complendum*, an. 823, 827 ,848: MURATORI, III, 1021, 1023, 1027; *nos eos a mandato nostro venire faciemus hic Pisa ad legem et justitiam faciendum tantum*, an. 857: Id., III, 1041; *et a mandato vestro quando mandaveritis semper venire debeat*, an. 808: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 321; *et in mandato vestro semper venire debeat justitiam faciendo et judicio vestro scultando et adimplendum secundum legem*, an. 818 e 883: Id., V, 2, n. 418, 919.

(3) TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 60, an. 900, se il vescovo non potrà definire la controversia dei liberi *convenienter*, questi potranno ricorrere al tribunale pubblico.

(4) Specialmente questa clausola è apposta nei documenti di Lucca nei quali chierici, pievani, arcidiaconi concedono terre in livello: v. *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 366, 386, 438, 468, 469, 477, 478, 574, 580, 606; IV, 2, n. 16.

(5) an. 831, *si aliquid homo supra me vos interpellaverit ad mandato vestro venire debeamus*: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 513; an. 845, *si oportum fuit...*: Id., V, 2, n. 819.

(6) an. 863, *si a quolibet homo ex mea venditio pulsati aut districti fueritis vel si vos nobis exinde auctores nec defensores querere* ecc.: Id., V, 2, n. 764, 773.

Digitized by Google

concedente (1). Ma allorchè stipulavasi che questi si sarebbe sottomesso alla decisione del concedente nel caso di violazioni dei patti del livello, spesso si aggiungeva il riconoscimento del diritto da parte del concedente di procedere a pignoramenti e fino di *in custodia mittere, sine publica auctoritate pignerare* (2). Di imprigionamento e di pene stabilite con patti speciali ne dà esempio una carta del 808. Un livellario non potendo pagare una pena convenzionale all'abbate di Monte Amiata, riassume gli obblighi della sua residenza così: Se mi vorrò sottrarre al vostro servizio o non obbedirò o fuggirò, voi avrete il diritto di riprendermi, voi o i vostri messi o chiunque avrà nelle mani questa carta, *me prindere, et ligare in ferro, in cippo mittere et disciplinare* (3), allusione a quel procedimento privato ammesso dalle leggi (4), e che applicato alle convenzioni (5) veniva a costituire una forma di giustizia privata concorrente colla pubblica. Si fatte clausole

---

(1) an. 828, *pro omni censu et justitia*: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 495; *pro iustitia*: Id., n. 321, 354; *pro singulos annos iustitia reddere debeamus*: Id., n. 474, an. 825. Qui *iustitia* indica l'obbligo del dipendente di presentarsi alla corte del suo signore a pagare il censo, a soddisfare agli oneri inerenti alla concessione e compiere altri servigi. E se la cessione era fatta a un chierico, si aggiungeva l'obbligo di intervenire al sinodo: Id., V, 2, n. 716, an. 855. E si aggiunge l'obbligo di presentarsi al signore una o più volte l'anno: v. MURATORI, III, 1046, 1032, 1041.

(2) an. 789, *nos a mandato vestro venire debeamus et vos nos propter legem et justitiam faciendo distringere et oppignorare debeatis come et aliis hominibus vestris*: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 106; MURATORI, I, 722; GIULINI, II, 28.

(3) BRUNETTI, *Codice diplom. toscano*, II, 276.

(4) Roth., 245, 246; Liutpr., 41, 108, 109. Era il pignoramento convenzionale pel quale il creditore pignorando oggetti al debitore lo obbligava a riscattarli entro un dato termine pagando il suo debito.

(5) Essendo il pignoramento privato ammesso dalle leggi (Liutpr., 67; Expositio ad Liutpr., § 3, Ariprandi ed. Anschütz) tali patti avevano piena efficacia. Perciò generalmente le concessioni enfiteutiche erano accompagnate dal riconoscimento da parte del concessionario di sottomettersi agli atti che il concedente facesse *ad pignorandum et distringendum sicut unus ex aliis massarii monasterii*, an. 847: FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambros.*, n. 47; *licentiam habeat boves et alias pigneras comprehindere quo usque vobis a parte mon. adimpleamus et de pena quas inter nos posuerimus, iustitia faciamus*, an. 897: Id., n. 135. E così anche in contratti di mutuo *sine aditione judici comprehindere pigneras meas et si pignerare intra curtes nostras de dublo non inveneritis potestatem habeatis sine messo iudici introire in camporas*: Id., n. 23; cioè rinunzia al divieto di penetrare nella *curtis*.

Digitized by Google

danno poi la prova che una giurisdizione derivante dai privilegi immunitari non esisteva, e che soltanto si poteva fondare parzialmente per mezzo di private stipulazioni, con rinunzia da parte dei dipendenti alla giustizia pubblica. Nacque così una giustizia privata; il che era possibile in un'epoca in cui i poteri pubblici erano deficienti e si andava preparando il dissolvimento dell'organizzazione statale.

11. Resta a vedere se nelle grandi signorie laiche ed ecclesiastiche anche prima del sorgere del feudalismo esisteva una regolare giurisdizione sui dipendenti, liberi e servi, nel senso cioè che l'esercizio di poteri di giustizia su queste persone da parte del signore, fosse un diritto annesso alle grandi proprietà. Ogni grande proprietario era il giustiziere dei suoi dipendenti, dei residenti nelle sue terre? Se così fosse, si avrebbe avuto una giurisdizione patrimoniale, quale probabilmente si era costituita durante il periodo di decadenza dell'impero romano, sopra i grandi latifondi delle Gallie e i *saltus* africani (1), dove i senatori avevano costituito delle signorie aventi i caratteri propri della feudalità medievale.

Si chiama giurisdizione patrimoniale quella che è costituita per diritto privato di proprietà su un determinato territorio, che si trasmette per eredità, e può essere in qualunque modo ceduta ed alienata, che fa parte del patrimonio di una famiglia e che non è esercitata in nome del potere pubblico. Essa fu frequente nei paesi nordici e slavi ove durò fino al giorno dell'emancipazione dei servi e fu ignota all'Inghilterra ove la Magna Charta stabiliva la giustizia pubblica indistintamente per tutte le persone. Così l'origine sua sarebbe propria dei Germani e nel medio evo germanico sarebbe nata l'idea che ad ogni bene nobile andasse connesso l'esercizio della giustizia da parte del proprietario sopra i residenti nelle sue proprietà, o che i beni già appartenenti al re e da questi trasferiti a un privato non perdessero quei privilegi di giustizia che già godevano, e che passavano

(1) SCHULTEN, *Lex manciana*; BEAUDOUIN, *Les grands domaines dans l'époque impériale*, *Nouv. revue hist. de droit*, 1897-8; ESMEIN, *Mélanges*, 1886; HEITLAND, *Agricola*, 1921, pag. 342 e segg.; HIS, *Domanen d. röm. Kaiserzeit*, 1896; CICOGNA, *Saltus*, nell'*Archivio giuridico*, 1905; SALVIOLI, *Sulla distribuzione della proprietà fondiaria in Italia al tempo dell'Impero*, *Studi di storia economica*, *Archivio giur.*, nuova serie, 1899.

Digitized by Google

al nuovo proprietario restando sottratti alla giurisdizione ordinaria. Insomma uno dei diritti della sovranità, l'amministrazione della giustizia, diveniva inerente a certe proprietà o per dir meglio alle grandi proprietà.

12. Le prime traccie di una giurisdizione patrimoniale si sono cercate nella *disciplina* del padrone sui servi e in un tribunale ove i *pares* residenti su una signoria territoriale giudicassero le cause dei liberi dipendenti, un tribunale di *curia* applicante un *ius curiae* di carattere tutto privato. Che il padrone avesse sopra i servi un diritto quasi illimitato è ben noto: e in ciò appunto consisteva la posizione di *cosa* che aveva il servo nei diritti antichi. Anche presso i Germani, dopo le invasioni, i servi sono messi a pari del bestiame, sono in completa dipendenza del padrone e senza il suo permesso non possono stare in giudizio, essere testimoni. Le leggi franche davano al padrone il diritto di ucciderlo *quia pecunia eius erat* (1), mentre le visigote volevano l'intervento del giudice che doveva decidere se lo schiavo meritava per le sue colpe la morte, lo spirito cristiano affermandosi contro la prepotenza padronale *ne imaginis Dei plasmationem adulterent* (2). Data questa posizione del servo, questa mancanza di diritti da far comunque valere, ed essendo le sue relazioni verso il padrone regolate dall'arbitrio di questo, non è possibile riconoscere nell'arbitrio l'ombra di una giurisdizione. Egli ha sulla *familia servorum* una *potestas* illimitata o quasi, e la *disciplina* che su di essi esercita, che va dalle percosse alle mutilazioni e alla morte, è esercitata perchè il servo è cosa sua. Tale potere è esplicitamente riconosciuto dalle leggi che anzi fanno obbligo al padrone di applicarla fino a punire lui col pagamento del guidrigildo o la rifusione dei danni *pro eo quod servo suo disciplinam minime imposuit* (3). Il padrone può fare del servo colpevole *quod voluerit — dominus eius habeat eum sicut voluerit — quod sibi placuit* (4). Il diritto antico longobardo è in ciò molto più rigido di altri diritti che più sentirono l'azione della Chiesa e che tolsero al padrone l'impunità se uccideva il suo servo (5).

---

(1) Lex salica, XI, 2.
(2) Lex antiqua Wisigot., V, 1, 5.
(3) Lex Baiuw., tit. VI, c. 2; tit. II, c. 2, 5.
(4) Roth., 202, 269; Liutpr., 21, 87.
(5) Vedi le mie *Giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, I. « Giurisdizione patrimoniale », Modena 1884.

Digitized by Google

Ma questa *disciplina* pure ammessa dalle leggi non sopprimeva l'autorità del tribunale ordinario sui servi, che anzi doveva giudicarli nelle cause criminali. La prima azione contro il servo colpevole era diretta al padrone, perchè i servi sono cose e non hanno personalità giuridica e perchè si suppone che il servo abbia agito per istigazione del padrone, e quindi la sua responsabilità sia secondaria. Citato a comparire è il padrone (1), che giurerà di essere estraneo all'azione criminosa del servo: se è assolto, allora il tribunale prosegue la sua azione contro il servo: ed ogni legge germanica ha criteri speciali per valutare le responsabilità del padrone e del servo, che in ogni modo compare davanti al tribunale, è giudicato, condannato per la colpa sua. Il diritto longobardo tiene il servo responsabile del suo delitto, e colpisce il padrone solo perchè non vigilò sul servo (2).

13. Il tribunale che giudica il servo per tutti i suoi reati era il pubblico, al quale era citato, tradotto, dal quale era giudicato, torturato, condannato. La procedura contro lui avviene *in iudicio* (3). Se ruba, il padrone lo deve presentare *ligatum coram iudice* (4). Egli è *vocatus in crimine* e la pena gli è inflitta *per iudicis discussionem* (5). Le accuse contro di lui devono essere provate (6) e il servo può difendersi col giudizio di Dio e le prove del fuoco (7). Nel diritto longobardo contro il servo fuggitivo che rubò *procedat iudicium*: stabilita la sua reità, è lasciato al padrone la facoltà di applicare la pena: ma se questi disprezza la sentenza, allora il servo condannato diviene proprietà della corte regia.

Anche il carattere delle pene che devono essere irrogate al servo delinquente conferma che, secondo i diritti germanici, il giudizio contro lui era di competenza del tribunale ordinario. Contro lui le pene sono più rigorose di quelle minacciate al libero. Anche per colpe lievi *moriatur aut redimat se* — *morti in-*

---

(1) Roth., 5, 8, 13-15, 18, 19, 26, 136, 137, 191, 249.

(2) Grimoald., 3. Cfr. Liutpr., 21, 121, 125, 143. La responsabilità del padrone pel furto del servo fu ancora limitata da Astolfo il quale (§ 9) prescrisse che dovesse pagare solo se trascurava di indagare che il servo era ladro.

(3) Lex Ripuar., XXX.

(4) Lex Baiuw., tit. IV, c. 14; tit. XXX, c. 1.

(5) Lex Burgund. Rom. Pap., VIII, 3; VII, 3.

(6) Lex Burgund., XXXV.

(7) Liutpr., 11.

Digitized by Google

currat periculum — super furcas adpendatur (1): e anche se si riscatta, pagando il padrone la somma, deve subire una correzione perchè la sua liberazione non sia di incentivo ad altri a delinquere (2).

Non è quindi possibile desumere l'esistenza di una giurisdizione patrimoniale dall'esercizio della *disciplina* che il padrone aveva sui servi, i quali d'altronde erano giudicati dal tribunale pubblico nelle cause criminali. Così era nelle antiche monarchie germaniche: così fu sotto l'impero della legislazione carolingia.

Sebbene anche sotto questa il servo fosse riguardato come proprietà del padrone che ne poteva disporre a suo talento e su di lui esercitare la disciplina *quia pecunia eius erat* (3) — e i Concilii e i Capitolari minacciavan penitenze a chi uccideva di privata autorità un servo anche colpevole, a chi riduceva un'ancella in fin di vita con battiture (4) — il servo era solo e sempre giudicabile davanti al pubblico tribunale, ove il padrone lo doveva presentare, e dove egli doveva per primo liberarsi dal sospetto di avere istigato il servo nel commettere il delitto, e poi sempre pagare il danno causato dal servo e consegnarlo perchè ricevesse la pena meritata.

Nel regno italico avendo preso largo sviluppo l'istituto dell'avvocato che avevano tutte le chiese, colla veste di amministratore dei beni e di difensore delle persone residenti sui beni di esse (5), le quali avevano tanti avvocati quanti erano i loro possessi (6), prevalse il sistema di far rappresentare davanti al tribunale i servi dall'avvocato, e questo fu consacrato dalle leggi, che anzi autorizzarono i proprietari delle signorie ecclesiastiche a *inquirere* sulle colpe dei loro servi e a decidere sulla colpabilità o innocenza (7). Tale *inquisitio* non equivaleva all'esercizio di

(1) Roth., 211, 212, 221, 237, 239, 254, 270, 271; Liutpr., 64.

(2) Lex Burgund. add., tit. V, 5; tit. XVI, 4, 5.

(3) Capit. ad Villam Theod. Hludov. 821, c. 2; Capit. Ansegisi, lib. VI, c. 2.

(4) Capit. Francf. 794, c. 18, pag. 77; Wormat. 868, c. 38; Concil. Wormat. 868, c. 39.

(5) Capit. Pipini Langob. 802, c. 11, pag. 212.

(6) Capit. 782-786, c. 6, pag. 192.

(7) Capit. Longob. 802, c. 12, pag. 212: *iubemus ut propter nullam districtionem... servi non mittantur in districtionem sed pro missos nostros vel domini eorum aut illorum advocati ipsos servos distringant et ipsi*

Digitized by Google

una giurisdizione completa da parte del signore, ma esprimeva solo un modo di procedimento che poteva fare *sicut amat* prima di comparire al tribunale pubblico pel servo. Il dovere di rappresentare questo era riconosciuto al padrone o all'avvocato (1): ma la pena contro il servo colpevole dopo le dichiarazioni del suo rappresentante era applicata dal tribunale pubblico (2).

14. Nemmeno si può parlare di una giurisdizione patrimoniale sugli aldi, i coloni e i liberi dipendenti. Il *patronus aldii* doveva rappresentar questo al tribunale (3), o lo difendeva prestando giuramento e accettando il giudizio di Dio (4). Anche qui le leggi riconoscono al patrono un diritto di inquisizione, cosichè egli potrà preliminarmente stabilire se il suo dipendente sia o no reo. Parimenti per le persone *in obsequio* il tribunale ordinario era il solo competente: « le cause di coloro che hanno alienato i loro beni e si sono comendati a qualche potente siano esaminate dal conte » (*distringat eos comes*) (5). Il signore può cercare di intromettersi e di acquietare i contendenti, ma se questo intervento non riesce, la vertenza sarà definita dal conte (6). Anche pei livellari è mantenuta la competenza del tribunale pubblico: essi saranno accompagnati al placito dal signore o dall'avvocato: anzi è punito il conte che li cattura o fa pignoramenti per obbligarli a presentarsi al placito, perchè la legge vuole *ut patroni eorum eos adducant* (7). I coloni potevano difendere personalmente il loro stato e la loro legge, andavano davanti al tribunale del conte o a quello dei funzionari minori: tutte le controversie sul loro stato, sopra i servizi e le prestazioni a cui erano tenuti appartenevano al tribunale pubblico, senza che fosse necessaria la presenza del signore, perchè la libertà stava sotto la protezione del potere pubblico, e il tribunale del re era il competente in questioni di libertà (8).

---

rationem pro servos reddant: utrum culpabiles sint aut non. Ipsi domini distringant et inquirant servos suos sicut ipsi amant.

(1) Lex long. Lothari, c. 75, 76.

(2) Hludov. Capit. longob. 832 e 840, c. 1, pag. 59.

(3) Liutpr., 124, 143; Aistulph., 15; Grimoald., 1.

(4) Liutpr., 68.

(5) Capit. ad Villam Theod. 821, c. 8, pag. 300.

(6) Capit. 850, c. 3, pag. 86.

(7) Conventus Ticin. 855, c. 3, pag. 33. Loth., I, c. 82; Constit. Olonens. 823, c. 13, pag. 232.

(8) Capit. Loth. apud Olonam, c. 31-33; Leg. longob. Lothari, I, c. 75, 76.

Digitized by Google

15. Erroneamente si è voluto scorgere un potere giurisdizionale del *senior* nella disciplina che egli aveva sui servi dipendenti oppure nella sua autorità militare spesso menzionata dai Capitolari (1). Questa disciplina poteva esercitarsi solo quando il *senior* si trovava coi suoi vassalli ai servizi dell'imperatore: era un potere scaturiente dall'essenza militare del vassallaggio, che nessun rapporto aveva con una regolare giurisdizione. La sola limitazione che i Carolingi fecero alla giurisdizione pubblica in favore dei vassalli, si verificò per mezzo dei privilegi che estendevano singolarmente a certi vassalli il mundio regio e li sottoponevano direttamente al tribunale regio (2); ma ciò rientra nello speciale ordinamento dello Stato nell'epoca carolingia.

In conseguenza sopra nessuna legge e nessun documento specialmente per l'Italia sì dell'epoca longobarda che franca si può fondare l'esistenza di una giurisdizione patrimoniale, cioè collegata ai diritti del proprietario. Tutta quella varia popolazione che risiedeva nelle signorie laiche ed ecclesiastiche dipendeva da ufficiali, ma fra i poteri da questi esercitati non vi era quello di amministrare la giustizia. È vero che questi ufficiali portavano qualche volta il nome di *iudices*, il che ha tratto in inganno sulle loro attribuzioni; ma questo nome è dato tanto a chi amministra giustizia in nome del re o del popolo quanto agli agenti privati di un signore o di una chiesa. È lo stesso del vario significato che ebbe nel medio evo la parola *iustitia*.

Qualunque sia l'interpretazione che voglia darsi allo Stato germanico, riguardandolo o come un ente politico o come una corporazione, la giustizia fu unica e non fu ammesso che per diritto ogni signoria avesse il suo giudice e vi fossero tanti tribunali quanti erano i padroni di grandi estensioni di terre. Una giurisdizione patrimoniale potè sorgere più tardi, quando i re alienarono gli attributi della sovranità o quando si accentuarono le usurpazioni dei poteri politici da parte dei feudatari. Allora l'amministrazione della giustizia passò dallo Stato ai privati a titolo feudale o patrimoniale. Uno degli elementi del feudalismo fu la fusione della sovranità colla proprietà, cioè l'attri-

(1) Capit. Aquisgran. 825, c. 17; Convent. Ticin. Karol., II, c. 6; Synod. Pist. 862, c. 4; Ludovici II de coercit. Benevent. 866, c. 10, pagine 303, 85.

(2) Capit. 823, c. 13; Capit. 807, c. 9; Capit. 825, c. 6, p. 232, 303.

Digitized by Google

buzione al proprietario del suolo di tutti o quasi tutti i diritti che un tempo erano posseduti dal potere politico. Però una giurisdizione patrimoniale vorrebbe dire una giustizia esercitata sulle terre allodiali, senza cioè essere signore feudale, una giustizia straordinaria che si poteva comprare colla terra a cui era unita, che era ereditaria ed era posseduta come un diritto privato. Ora questa giurisdizione distinta dalla feudale, che era dopo tutto esercitata in nome e a conto del potere pubblico, si può dubitare che abbia avuto in Italia largo sviluppo, dove il feudalismo fu presto contrastato dai liberi Comuni o dal sorgere di forti monarchie, le quali se alienarono regalie, tennero i concessionari nella posizione di loro funzionari che le esercitavano a nome del sovrano. Queste monarchie si opposero a che le regalie concesse fossero applicate come un diritto personale e tanto meno come una parte del patrimonio privato. Non è possibile distinguere le giustizie feudali da quelle a titolo patrimoniale, quali descrivono gli antichi giuristi francesi (Loysel). Tuttavia non ne mancano esempi, e si può ritenere che siano sorte nel corso del sec. X e XI (1).

Che si tratti di giurisdizione patrimoniale risulta dalle espressioni che vietano di trarre i liberi residenti davanti ad altro foro che non sia quello del proprietario (2), dove però generalmente non avveniva che un procedimento di conciliazione: *prius ad priores et fratres perlata sit* (causa), *et ab eis emendatio vel secundum iustitiam vel amicabilem compositionem requisita* (3). Ma a chi riflette alla condizione delle persone sottoposte a questi signori, parrà chiaro che la pacificazione riesciva tanto coattiva quanto una sentenza. Ancora la competenza era limitata alle cause minori, quelle di cui erano giudici gli ufficiali inferiori, salvo eccezione (4), perchè la concessione non abbracciava i poteri del conte, ed erano escluse le criminali. E in alcuni casi era an-

(1) Concessione ai canonici di Ferrara e di Lucca: MURATORI, V, 232, 241, an. 988; a quelli di Bologna: SAVIOLI, I, 2, pag. 116, an. 1105; a quelli di Bergamo: LUPI, II, 528, an. 1026; a quelli di Lucca: *Memorie e doc. di Lucca*, V, 234, an. 941 e 962.

(2) an. 918: MURATORI, III, 197; an. 900, 942: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 60 e 81; an. 1047, 1004: MURATORI, V, 197; VI, 980.

(3) an. 1177, 1195, 1221: MITTARELLI e COSTADONI, *Annali Camaldol.*, IV, 67, 68, 417.

(4) an. 1193 al Capit. di Verona: BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, I, 203.

Digitized by Google

che precluso l'appello, dicendosi che la causa doveva ricevere *legitima* fine (1).

16. Però se le chiese non ebbero l'esercizio della giurisdizione derivante dai privilegi dell'immunità o da un diritto proprio dei grandi proprietari di terre, furono dotate di speciali privilegi procedurali i quali ponevano il vescovo o l'abbate in una posizione eccezionale di fronte ai terzi, nello stesso tribunale pubblico. Esse ottennero di essere esonerate da certi generi di prova resi difficili in causa della vastità dei possessi, dalla mancanza di registri e dalle frequenti manomissioni degli archivi. Tali mutamenti di procedura in favore del patrimonio ecclesiastico cooperarono poi fortemente a rendere più viva la separazione fra lo Stato e le signorie ecclesiastiche che così favorite si segregarono e si chiusero, e agevolarono quel processo che pose le chiese principali nel possesso della giurisdizione sui loro dipendenti nel territorio immune e a sostituire il tribunale pubblico del conte in quello signoriale del vescovo sulle città e sui contadi.

Fra questi privilegi che hanno importanza per noi perchè attinenti all'amministrazione della giustizia, va ricordata la concessione della *inquisitio*, per la quale era introdotto un nuovo sistema di prova. Pel diritto comune attore e convenuto non potevano scegliere liberamente i testi a prova ma dovevano preferire uomini del circondario come i meglio informati, sulle deposizioni dei quali il giudice formava la sentenza. L'avvocato della chiesa cooperava insieme al conte in questa ricerca (2), come vi cooperavano gli agenti del fisco pei beni di questo (3). Così venne dato alle chiese la facoltà di presentare alcuni *nobili uomini e veraci* per giurare (4), il cui numero era limitato a due o a tre (5), e ciò allo scopo di definire con sicurezza, diligenza e celerità le cause della chiesa (6). Questi uomini potevano o essere scelti da qualsiasi luogo (7) oppure dovevano essere *circumanentes* o *vicini*, cioè abitanti nei luoghi prossimi a quelli in cui avveniva

(1) an. 963: VERCI, I, 8; an. 973: VIGNATI, n. 18.

(2) *Cod. dipl. langob.*, 260, 280, 430.

(3) Id., 430, 654, 926, 936, 1376.

(4) an. 1020: TIRABOSCHI, *Modena*, II, 16; an. 871: *Memor. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 39.

(5) an. 940: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 30; an. 943: MURATORI, V, 170.

(6) an. 962: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 126.

(7) ZACCARIA, *Badia di Leno*, Verona 1767, pag. 65.

Digitized by Google

la controversia [1], i quali giuravano; e dopo ciò la prova era esaurita [2]. L'*inquisitio* era la prova per eccellenza, quella che chiudeva l'adito a qualunque pretesa in contrario, quando la chiesa mancava di titoli per difendere o rivendicare i suoi possessi [3], quando era citata davanti al pubblico tribunale nelle cause contro il suo patrimonio [4]. L'avvocato aveva inoltre il diritto di compiere un'indagine preliminare la quale serviva di base a una successiva azione pubblica ed egli stesso era autorizzato le controversie patrimoniali *per inquisitionem circumanencium hominum definire* [5] e anche era accordato che, compiuta l'inquisizione, bastava che l'avvocato giurasse perchè la chiesa avesse ragione nelle cause che le fossero intentate [6], senza che fosse obbligato a presentarsi al pubblico tribunale [7]. In tal modo, qualunque fosse il foro a cui la causa era riservata, il tribunale del re o quello del conte, l'*inquisitio*, tanto nel caso in cui fosse diretta dai pubblici funzionari, quanto in quelli in cui fosse promossa e conclusa dallo stesso avvocato della chiesa [8], serviva a definire completamente la questione e senza appello, nè la sua efficacia era infirmata da ulteriore proposta di giuramento [9].

17. Altro privilegio procedurale fu quello di poter sostituire i documenti perduti con un diploma di conferma di tutti i possessi rilasciato dall'imperatore che valeva come *probatio probata* [10], oppure di poter giurare, e il giuramento dell'avvocato

---

(1) an. 922: AFFÒ, *Storia di Parma*, I, n. 47.

(2) an. 1027, *per nobiliores homines definiatur ex utraque parte*: FATTESCHI, 325.

(3) an. 921: AFFÒ, I, n. 44.

(4) an. 964: GATTOLA, 71; an. 981: Id., 78; an. 958: Id., 92.

(5) an. 887: Id., 32.

(6) an. 920: AFFÒ, I, n. 42.

(7) Questo diritto dell'avvocato è espresso anche nelle carte colle formole *nullus homo audeat respondere mallaturam advocato* (an. 1027 al mon. di Casauria, in MURATORI, *Rer. it. Script.*, II, 2, 845): *nullus mallaturam persolvat* (an. 1046, 967, 981, 1027, id., pag. 858, n. 477, 496, 561): *nullus eius mallaturam querere audeat* (an. 861, 958, in ZACCARIA, pag. 63, 68), ossia non si possa pretendere che l'avvocato delle chiese privilegiate si presenti ai placiti per difendere il proprio diritto secondo le comuni norme procedurali.

(8) GATTOLA, pag. 39, 78, 121.

(9) an. 885: CAMPI, *Hist. ecclesiastica di Piacenza*, I, 466.

(10) an. 972: MITTARELLI, I, n. 32; an. 921: AFFÒ, I, 325; UGHELLI, V, 266.

Digitized by Google

teneva luogo di qualsiasi altra prova e superava quello che gli avversari avessero presentato (1). Già vescovi e in generale chierici e monaci erano per legge esonerati dal prestare giuramento nelle cause civili e criminali (2), e in loro vece giurava l'avvocato, il cui giuramento aveva lo stesso valore di un'*auctoritas regia* e con esso chiudevasi l'azione giudiziaria (3).

18. Fu pure esonerato l'avvocato delle chiese di prestare il *iuramentum calumniae, tam de calumnia quam de veritate dicenda*, tanto nel caso fosse attore o convenuto (4), e perfino gli fu accordato di vincere la causa colla sola presentazione dei documenti o testi idonei *et nullum deinceps iuramentum in iudicio deferatur* (5). Parimenti furono le chiese ammesse a difendere i loro possedimenti contro gli attacchi dei terzi e contro le scritture che questi presentassero, ricorrendo alla prova del duello, come ultimo mezzo nel caso che non potessero presentare testimonii, duello sostenuto da un dipendente loro (6). Si noti come questo privilegio significasse un regresso di fronte alle tendenze dell'epoca in cui cominciava ad aleggiare uno spirito avverso a queste prove (7); il privilegio andava contro uno spirito nuovo onde ebbe bisogno di essere rafforzato con altri privilegi (8), o ristretto per quei possessi pei quali militava un godimento trentennale (9).

19. Vanno ancora menzionati i privilegi processuali con cui

---

(1) Liber papiensis Aitulph., 10, in PERTZ, IV, 483; Liber pap. Pipini, 6, pag. 515.

(2) Legge di Enrico III 1047, in PERTZ, II, 41; Lib. pap. Henrici III, in PERTZ, IV, 584.

(3) an. 920: AFFÒ, I, 323; an. 1026: BÖHMER, *Acta imperii selecta*, n. 44, 45.

(4) an. 1177, 1195, 1210: MITTARELLI, *Annales Camald.*, IV, 68, 105, 292, 299.

(5) FICKER, IV, 319.

(6) an. 892: TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 51, 54; II, 23; UGHELLI, II, 113. Privilegi analoghi in *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 64, 523; UGHELLI, V, 711.

(7) Tale concessione è motivata dal fatto che le popolazioni tendono a spogliare le chiese dei loro beni: vi è una *populi conspiratio ad tollendas res ecclesiae, coniuratorum adunata collectio*: TIRABOSCHI, cit. In quanto all'avversione delle popolazioni al duello è attestata dal documento pubblicato in MURATORI, IV, 19.

(8) an. 1191: MURATORI, III, 451.

(9) an. 1116: *Mem. e doc. per Lucca*, IV, 2, 216.

Digitized by Google

le chiese potevano occupare qualsiasi terra se il terzo che la teneva, dopo la pubblicazione di tre editti o di uno solo perentorio, non l'avesse rilasciata (1): — quelli che stabilivano che le cause delle chiese si dovessero definire entro breve termine (2): — quello che dichiarava competente solo il tribunale dell'imperatore (3). In tal caso i conti *ambas partes in nostram* (imperiale) *praesentiam guadiare debeant* (4) o subito, oppure, dopo che il vescovo indarno aveva tentato un componimento e non era riescito a *convenienter definire* (5). Tutti questi privilegi ponendo le chiese in una situazione fuor del diritto comune, non solo ne crescevano la potenza economica ma preparavano l'incremento di una potenza politica.

20. Al secolo X il regime signoriale è già costituito a danni del potere regio, che ha ceduto le sue principali attribuzioni, che ha rilassato i vincoli che tenevano legati al potere centrale i diversi organi dello Stato; cosichè le varie funzioni procedono indipendentemente dal potere supremo, al quale solo nominalmente si collegano. Predominano la forza e l'arbitrio: i potenti organizzano da sè le loro signorie, alle quali congiungono diritti e prerogative della sovranità. L'Italia si fraziona in una moltitudine di piccole signorie entro cui vescovi, abbati, feudatari esercitano i diritti sovrani.

Importanti mutamenti avvennero nell'ordinamento della giustizia in conseguenza dell'introdursi del feudo, i quali però non furono altro che l'effetto di cause che si erano già poste al tempo della dominazione carolingia e specialmente degli avvenimenti che portarono alla sua dissoluzione. Poichè tutta la compagine statuale si era alterata, si doveva modificare anche l'ordinamento dei tribunali.

Nel disordine che seguì in Italia durante il sec. X non po-

---

(1) VESI, *Doc. editi e inediti per la storia di Romagna*, 1845, pag. 118; SAVIOLI, *Annali bologn.*, I, 2, 265.

(2) an. 1185, 1210, 1220: MITTARELLI, IV, 124, 295-304, 401.

(3) an. 924: MURATORI, VI, 49; an. 1020: LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, II, 509; an. 920, 943: GATTOLA, 43, 45, 252, 253; an. 1190: RUBEIS, *Mon. eccles. aquileiens*, 640.

(4) an. 857: *Regesto di Farfa*, II, n. 301; MURATORI, VI, 49, an. 924.

(5) Questo procedimento si verificava quando vi era *gravis contentio* (*Cod. dipl. langob.*, 1352). Cfr. an. 900: UGHELLI, II, 255; an. 994: *Cod. dipl. langob.*, 1567; an. 975: VIGNATI, *Cod. dipl. Lodi*, 28.

Digitized by Google

tendo la sovranità restare inerte fu esercitata da chiunque aveva forza per farlo, e i vescovi specialmente furono i primi ad approfittarne, essi che avevano la ricchezza, il prestigio che veniva dall'esercizio di funzioni spirituali, numerosi privilegi di ogni genere e poi l'appoggio delle popolazioni abbandonate dal governo centrale, taglieggiate dagli ufficiali pubblici. Le immunità avevano aperto la strada: la diocesi circoscritta aveva stabilito i termini entro cui si poteva esplicare l'autorità temporale del vescovo sì come si esplicava la sua spirituale. L'immunità aveva diviso i territori in modo che ogni individuo poteva conoscere colui che lo poteva proteggere, come cominciava a sentire le leggi, le usanze e lo spazio ristretto che all'occasione doveva difendere, talchè abbandonando l'idea indeterminata di membro di un impero che non conosceva e col quale non aveva alcun rapporto, se non fosse gravoso, quest'individuo si abituava a circonscrivere alla sua terra l'idea di patria e la patria stessa. E fu d'allora che si vide ciò che appena la generazione a noi precedente ha cancellato, cioè un popolo rinunciare agli attributi di grande nazione, alla gloria attaccata ad un nome collettivo, alla grandezza, alla potenza, alle tradizioni del gran nome italiano, per cercare la libertà nello scioglimento del suo legame sociale.

21. È noto come e perchè gli imperatori e i re d'Italia furono spinti a favorire i vescovi dell'Italia superiore e centrale, facendo di essi un potere rivale ai signori laici che erano insofferenti di ogni rispetto verso l'impero e continuamente ribelli. Ai vescovi fu affidato la difesa della pace pubblica e dei diritti imperiali che l'Impero non aveva la forza di tutelare. In tal modo vescovi ed abbati si trovarono elevati alla funzione di difensori armati delle popolazioni, solleciti in questa missione che delegava loro l'esercizio dei più delicati poteri, che assicurava il predominio nelle città e il diritto incontrastato di esercitare, come veri sovrani entro quei luoghi chiusi, ogni autorità politica e giudiziaria sulle popolazioni loro affidate.

Nel corso del sec. X ai vescovi furono trasferiti tutti i diritti regali, di esigere tributi sui porti, le strade, i mercati, di tenere armati, di battere moneta [1]; ed a poco a poco seguì a questi privilegi il diritto di amministrare la giustizia e di avere tribunali con pieni effetti. Il germe di ciò è nelle concessioni immunitarie,

[1] SALVIOLI, *Diritto monetario*, in *Enciclopedia giuridica*, voce *Moneta*.

Digitized by Google

In breve volgere di tempo il luogo chiuso dell'immunità si era solidamente organizzato, e presentava tutti gli elementi per costituirsi in una signoria autonoma. La fissità del potere propria degli enti ecclesiastici, e il suo trapasso senza scosse con una continuità meravigliosa, l'isolamento dei chiostri e la venerazione che li circondava ne avevano aumentato la forza, mentre tutto intorno cadeva in isfacelo. Il sistema di tradurre i citati al placito era possibile, finchè i poteri pubblici funzionavano regolarmente: ma nei momenti di crisi o di guerre, la mancanza dei conti o dei missi palatini, lo scarso numero di regolari magistrature causavano inconvenienti. Il potere che restava immobile era l'ecclesiastico, in guisa che radicavasi nelle popolazioni il sentimento che era dopo tutto preferibile accettare la sua ingerenza anche nelle questioni giudiziarie.

Prima così che venissero esplicite concessioni, le chiese, intendiamo i maggiori vescovati e monasteri, esercitavano il banno giudiziario sui loro dipendenti, in modo che si può pensare che il passaggio fosse quasi inavvertito e sancisse uno stato di fatto. La trasmissione poi regolare di questo banno rispondeva anche agli interessi pubblici, in quanto era assicurata la normale amministrazione della giustizia, ed erano soppressi quei pretesti a disordini e liti fra conti e vescovi che l'immunità doveva seminare.

I diplomi della fine del sec. IX e del principio del X così dicono: *ut nullus dux, comes*, ecc. *residentes* (della chiesa a cui il diploma è diretto) *distringere, pignorare vel angariare... praesumat. Liberi quos legalis coactio ad placitum exigit querere per advocatum ecclesiae distringantur ne pignorationis occasio aditum rapinae praestet* (1) — *nemo eos distringere aut pignorare praesumat aut per aliena placita ventilare nisi in praesentia episcopi* (2) — *nemo audeat legem facere aut placitum tenere nisi abbas aut suus missus* (3) — *nullus in rebus canonicorum placitum tenere neque homines eorum, clericos, laicos, liberos... servos ad placitum ducere nec pignora tollere* (4) — *nullus*, ecc.... *sed liceat episcopo*

(1) an. 882 per Reggio: TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 42.
(2) an. 918 per Padova: MURATORI, III, 197.
(3) an. 1037 a un mon. di Susa: MURATORI, I, 347; an. 926: Id., I, 412.
(4) an. 1014 ai canonici di Bologna: SAVIOLI, I, 2, 70; an. 1055 e 1115, pag. 95 e 111.

Digitized by Google

eiusque advocatus placitum super eos tenere omnesque illorum causas legittime finire (1) — *ut nullus... audeat ingredi, tam ingenuos quam servos distrahendos* (2) — *ut nullus... ad causas audiendas,* ecc. (3) — *ut nullus infra eorum villas aut castella ingredi, placitum teneri, distringere vel pignorare* (4).

In seguito cioè nel sec. XII le concessioni sono riassunte in altre formole: *confirmamus iustitiam de C... ad iustitiam et legem faciendam* (5) — *cum omni honore et districtu et placita de omnibus offensionibus et iudicantias* (6) — *cum bannis, districtis* (7) — *residentes ad nullum placitum vadant nisi in dominium et districtionem abbatis* (8) — *placitum atque districtionem totamque iurisdictionem* (9) — *iura et honores* (10) — *cum omni honore et districtu et iurisdictione et placitis* (11) — *cum placito et districtionibus* (12) — *cum districtu, honore iure proprietario* (13) — *cum districtu actione atque placito* (14).

22. Non furono soltanto i grandi signori laici ed ecclesiastici a ottenere dagli imperatori il benefizio della giurisdizione sulle loro terre a titolo proprietario e feudale, ma anche molti monasteri e capitoli di canonici. I vescovi dell'Italia settentrionale e centrale, investiti poi della signoria sulle città e contadi, ricevettero prima o contemporaneamente anche il diritto di giudicare i loro dipendenti e residenti sulle terre delle chiese loro, anche quando queste terre facevano parte di altri contadi o di altre diocesi. Ebbero così la giurisdizione feudale che diveniva patrimoniale, laddove le terre non erano tenute in feudo, in guisa che vescovi che non riuscirono a sostituirsi al conte e ad occupare le

(1) an. 963 al vesc. di Belluno: VERCI, I, 8.
(2) an. 1140 e 1179 al vesc. di Feltre: Id., I, 18, 19.
(3) an. 951 a mon. di Pavia: MURATORI, V, 964.
(4) an. 1037 a mon. di Cremona: BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, I, 80.
(5) an. 1194 al vesc. di Lucca: *Mem. e doc. per Lucca*, IV, 2, append. n. 114.
(6) an. 1100 a mon. di Aqui: MORIONDI, n. 26.
(7) an. 994 al vesc. di Ceneda: VERCI, I, 9.
(8) an. 1186 a congregazione di Verona: BIANCOLINI, pag. 547.
(9) an. 1220 a mon.: MITTARELLI, IV, 400.
(10) Id. id.
(11) an. 1193: FICKER, IV, 163.
(12) an. 1045: FRISI, *Mem. di Monza*, n. 7.
(13) an. 1008 conc. a laico: GIULINI, VII, 43-47.
(14) Id., VII, 110; MURATORI, I, 740, an. 1084.

Digitized by Google

attribuzioni nella città e nel comitato (per es. i vescovi di Vicenza, Treviso, Padova) ebbero cionostante il banno giudiziario sui beni e i dipendenti delle loro chiese [1].

Anzi nell'Italia centrale, dove i conti laici resistettero alla potenza dei vescovi, questi ebbero solo la giurisdizione nelle loro terre [2]: differenza che spiegasi colle diverse condizioni politiche dell'Italia settentrionale e centrale, colla diversa resistenza che nell'uno e nell'altra parte i signori laici opposero alle chiese e all'Impero per conservare i loro privilegi. Nel nord gli irrequieti signori costituivano un continuo pericolo pei sovrani e questi cercarono di contrapporre loro una potestà che speravano amica, quella degli ecclesiastici. Nell'Italia centrale vi erano pochi signori, ma forti di armi e di seguito e in grado di conservare e difendere le loro posizioni: e per ciò i vescovi non poterono assurgere a stabile e solida signoria. Anche in un'epoca posteriore le concessioni di poteri giurisdizionali alle chiese si presentarono come espedienti tentati dagli imperatori per indebolire i poteri rivali. A questa categoria appartengono le concessioni della fine del sec. XII fatte per sottrarre forza al Comune e per creare nella curia vescovile un punto di resistenza.

Da questa esposizione risulta come accanto al tribunale pubblico che era rimasto e continuava a funzionare, anche se mancava di continuità e di regolarità, si erano formate altre giurisdizioni riconosciute dal diritto pubblico, e con esse speciali procedure in favore di determinate persone. Tutto ciò era proprio di quella società frazionatasi in tanti ceti e territori con ordinamenti propri. Questi diritti speciali non escludevano che la giustizia pubblica si esplicasse nelle forme ordinarie o accanto o sopra a questi tribunali, dando luogo a un intreccio di competenze e di poteri, di cui non è facile rappresentarci il funzionamento.

---

(1) Cfr. an. 883 per Arezzo: MURATORI, I, 869; an. 1052 per Volterra: Id., III, 641.

(2) E anche questo privilegio non fu che di alcuni, come dei vescovi di Arezzo e Volterra (an. 883 per Arezzo: MURATORI, I, 869; an. 1052 per Volterra: Id., III, 641): quelli di Pisa e Pistoia nulla ottennero di queste prerogative signoriali: quello di Pisa non acquistò che tardi e per breve tempo la giurisdizione nelle terre ricevute in feudo dall'Impero: v. ZACCARIA, *Anecdota medii aevi*, pag. 233; FIORAVANTI, *Memorie storiche di Pistoia*, 30 e 33.

Digitized by Google

CAPO VII.

La giurisdizione imperiale in Italia fino all'epoca dei Comuni.

HEGEL, WAITZ, III, pag. 1-94; FICKER, MAYER, o. c.; HOMEYER, *System des Lehnrechts* (*Sachsenspiegel*, II, 528 e segg.); STOBBE, *Gerichtsverfassung des Sachsenspiegel*, in *Zeitschrift f. Rechtsgesch.*, XV; SCHROEDER, id., XVIII; FRANKLIN, *Reichshofgericht im MAlter*, 1867-69; ZALLINGER, *Koenigsbann*, nei *Mittheilungen des oesterr. Institut*, III; GLITSCH, *Mittelalterliche Vogtgerichtsbarkeit*, 1912; FICKER-PUNTSCHART, *Vom Reichsfürstenstände*, 1910-1912; HIRSCH, *Hohe Gerichtsbarkeit im deutsche MAlter*, 1922.

1. I principii fondamentali del diritto pubblico italico nei sec. X-XIII restarono quelli fissati colla monarchia carolingia, cioè nell'imperatore si riassumono tutti i poteri: egli è il capo dell'amministrazione giudiziaria: il suo tribunale e il suo banno sovrastano a tutti; e anche quelli investiti di regalie esercitano la giurisdizione in nome di lui, e le sentenze loro sono efficaci in quanto sono pronunziate in nome dell'imperatore, cui spetta parte del banno da pagarsi da chi non si sottomette alla sentenza [1], perchè si finge che il sovrano sia sempre presente in ogni atto giuridico, e sia offesa a lui il non rispettare la sentenza dei suoi giudici. Solo nel sec. XII scompare l'uso di aggiungere nelle sentenze la guarentigia del banno regio, perchè trattavasi ormai di vana minaccia.

---

[1] Esempi in UGHELLI, I, 450; MURATORI, I, 493; TIRABOSCHI, *Modena*, II, 86; FANTUZZI, V, 262; *Codex wangianus* 19 per Trento.

Digitized by Google

Laddove il re era presente, egli presiedeva il tribunale: le parti erano citate con ordine di lui e la sentenza pronunziata da lui o per suo comando dato al notaio che stendeva la sentenza; e nei documenti del sec. XI e XII egli poneva la sua sottoscrizione (1). Però la sua personale attività era limitata in quanto era assistito da giudici che esaminavano la controversia e anche se era presente nel luogo del placito, a questo effettivamente presiedeva un altro funzionario che dirigeva la discussione e ascoltava i contendenti (2). Il re ordinava l'assemblea giudiziaria e poi ne delegava la direzione ad altri (3), che era poi uno dei maggiori ufficiali della sua corte. Nell'epoca degli Hohenstaufen gli imperatori, quando scendevano in Italia, tenevano riunioni giudiziarie nelle città, le presiedevano ed essi stessi sentenziavano *ore proprio* (4), ripristinando l'uso di quegli imperatori romani di cui si sentivano i successori, o se la sentenza era pronunciata *per os iudicis*, il notaio ricordava *eo d. imperatore semper ibidem astante et iubente, talem indixit sententiam qui iudex iussu imper. sic dixit alta voce* (5). Non mancano i doc. che parlano di sentenze pronunciate *in conspectu imperialis maiestatis, sub tentorio imp. ubi imp. presidebat — imperatore solemnem curiam regente* (6). Il pronunziato, che per secoli si era detto *sententia*, sotto l'influenza della scuola di Bologna fu detto *rescriptum, decretum* e perfino *pragmatica sanctio* (7).

Generalmente udita l'istanza, la causa era trattata, discussa, risolta seduta stante. Le parti presentavano i titoli e i testimoni, e tosto la sentenza era pronunziata. Tale era la pratica franca e italica. Ma dopo il sec. XII era frequente che l'imperatore delegasse giudice a conoscere e definire la causa con *litterae commissionis*. Anche qui può notarsi l'applicazione dei principii del di-

---

(1) MURATORI, *Antich. estensi*, I, 131; UGHELLI, I, 450.

(2) an. 915: *Dum in loco ubi d. rex placerat, in iudicio resideret comes palatinus — ubi rex praecerat et suum generalem tenebat placitum:* MURATORI, V, 305.

(3) an. 800: GALLETTI, *Gabio*, 1757, p. 60; TROYA, V, n. 195.

(4) an. 1220: HUILLARD-BREHOLLES, II, 48.

(5) Id., V, 319.

(6) ZACCARIA, *Leno*, 136, 137, 179; VERCI, *Storia di Ezellino da Romano*, III, 37; *Mon. hist. patriae*: *Chartar*, I, 938; HUILLARD-BREHOLLES, IV, 415.

(7) MURATORI, *Ant. estensi*, I, 396; BÖHMER, *Acta imperii*, 226.

Digitized by Google

ritto romano sopra la delega (1). I *iudices constituti ab imperatore cognitores litis* esaminavano e sentenziavano *infra terminum convenientem* senza più riportare la causa al tribunale imperiale (2), avendo il sovrano disposto che da essi *negotium iudiciali sententia* fosse finito. Si può anzi dire che il giudizio e la sentenza *de mandato d. imper.* fosse la normale, e che così fossero risolte le cause che in appello andavano al tribunale supremo; e che quando la giustizia prese un corso più regolare, il che avvenne specialmente sotto Federico II, l'incarico ai giudici fosse deferito con lettere speciali: *mandamus quatenus partibus convocatis audiatis causam et eam studeatis mediante iustitia fine debito terminare* (3): *inspecto tenore literarum d. imp* (4). E la sentenza da questi delegati emessa era come se fosse pronunziata dalla bocca stessa del sovrano.

Frequentemente al tribunale regio erano portate sentenze pronunciate da giudici inferiori, perchè fossero confermate, e la conferma importava che fosse rinforzata col banno regio e con pene gravi per coloro che ad essa non si sottomettevano (5).

2. Nel sec. IX e X il rappresentante diretto e normale del re nella Curia imperiale era il *Comes palatii* o *Comes sacri palatii*, derivazione probabile dal *maiordomus* carolingio che aveva funzioni giudiziarie e presiedeva il tribunale regio. Sembra che vi fosse un conte palatino per l'Italia con funzioni permanenti; e forse di questa carica erano investiti i maggiori vassalli, quelli che poi ebbero l'investitura dei più grandi ducati: donde il titolo di *Marchio et comes palatii* (6), *protospatarius et comes s. pal.* (7); e poi questa dignità fu conferita a vescovi e in special modo a quelli che erano detti *missi d. imper.* (8): in tutti però sempre dignità vitalizia, ma non ereditaria. Il conte era investito dei più ampi poteri giudiziari, quindi giudicava come il sovrano, in prima istanza nelle cause delle chiese e dei feudatari e in quelle riservate al tribunale imperiale, nelle cause criminali dei grandi

(1) UGHELLI, III, 713; BÖHMER, *Acta*, 229.
(2) AFFÒ, II, 371; MURATORI, IV, 254.
(3) BÖHMER, *Acta*, 237; HUILLARD-BREHOLLES, II, 362.
(4) CALOGERÀ, *Nuova raccolta di opusc.*, XXXIV, 79.
(5) HUILLARD-BREHOLLES, II, 431; IV, 534.
(6) PROVANA, *Studi sulla storia d'Italia ai tempi di Arduino*, 1844, p. 56.
(7) FANTUZZI, I, 225; MURATORI, *Ant. estensi*, I, 125.
(8) *Mon. hist. patriae*: *Chartar*, I, 653; II, 129; MORIONDI, I, 46; UGHELLI, IV, 700; TIRABOSCHI, *Modena*, II, 24; MURATORI, VI, 42.

Digitized by Google

del regno, e senza limiti di territorio: e come il re assorbiva tutte le competenze, così anche davanti al conte cedevano gli altri giudici tutti. Egli aveva anche competenza negli atti di volontaria giurisdizione, potendo *dare advocatores clericis et tutores viduis et orfanis* (1).

Parimenti investito di poteri giudiziari era il *cancellarius*, anche esso *missus d. imp.*, carica che si incontra più frequente nel sec. XI. Anche egli presiedeva placiti, rappresentava il sovrano e aveva la stessa competenza del *comes*. E analoghi poteri aveva il *vicarius d. imp. ad iustitias faciendas* (2) — *vicarius imperialis aulae* (3) — *vicarius Imperii* o *Italiae* (4), dignità che si introdusse con Federico I e che continuò anche coi suoi successori. Il vicario aveva la più lata competenza: *potestas de omnibus causis Italiae, tam de principatibus quam de litibus appellationum* (5). Era detto *Comes imperialis aulae, contubernalis imp.* (6) e giudicava tanto direttamente che per delega come legato *totius Italiae* (7), tutte le cause civili, criminali, feudali senza eccezione, gli appelli presentati all'imperatore (8), ed era il delegato all'esecuzione delle sentenze imperiali, le quali importavano lo stesso banno che quelle pronunziate direttamente dall'imperatore ed avevano il sigillo di questo (9). Perciò era anche chiamato *maior iudex*.

Sotto Federico II sorse un'altra dignità giudiziaria, il *iustitiarius* preposto alla *Magna Curia* o *Curia*, più specialmente destinato a presiedere il supremo tribunale imperiale nella Puglia, in Campania e in Sicilia, e a ricevere e decidere gli appelli dai tribunali inferiori con assistenza di quattro giudici (10). La competenza della *Magna Curia* si poteva estendere fuori dei territori dell'Italia inferiore, e se il giustiziere era legato imperiale con ufficio permanente, nell'assenza dell'imperatore egli esercitava l'alta giustizia imperiale come tutti gli altri legati. Nemmeno al

(1) GIULINI, III, 118.
(2) AFFÒ, II, 372.
(3) Id., II, 375; MURATORI, I, 477; MITTARELLI, IV, 290.
(4) COSTA, *Chartar. Derton*, 37.
(5) MORENA, *Chron.*, in PERTZ, *Mon. Germ.*, XVIII, 640.
(6) MURATORI, I, 475.
(7) *Codex wangianus*, 278, 288, 312, 318.
(8) HUILLARD-BREHOLLES, VI, 158.
(9) AFFÒ, II, 375, an. 1163.
(10) Const. regni Siciliae, I, 38, 40, 41.

Digitized by Google

tempo degli Hohenstaufen si ebbe in Italia un tribunale imperiale stabile, con sede fissa: ma riunioni giudiziarie erano solo bandite se l'imperatore o uno dei suoi vicari erano in Italia e laddove si trovava o nel luogo che era indicato. In conseguenza non giungevano a questa suprema assise le cause ordinarie, ma quelle *de imperio et de regno* (1), quelle che si distinguevano per *magnitudo et qualitas* (2), per *immanitas criminis vel iusta causa* (3), nel caso che anche queste ultime appartenessero al giudizio imperiale (4).

3. Fino al principio del sec. XII gli imperatori tedeschi avevano designato speciali funzionari per l'Italia incaricati di amministrare giustizia come di rappresentarli in tutte le funzioni, esazioni di tributi, difesa delle regalie, ecc. Il loro nome è quello di *missus d. imper.*, *missus regalis*, *missus s. palatii* o anche *missus discurrens*, parola che indica bene il loro carattere di legati viaggianti come erano i *missi* della legislazione carolingia (5). Può ritenersi che il *missus* almeno in origine ricevesse una speciale delega per determinati affari e non rivestisse un ufficio permanente: in seguito divenne titolo di carica effettiva con grandi poteri stabili di rappresentare il sovrano, come anche titolo onorifico accordato ai signori laici ed ecclesiastici che formavano la corte imperiale e che erano investiti delle regalie maggiori. Quindi il *missus* esercitava le sue funzioni tanto in assenza del re quanto in presenza di lui. È chiaro che essendo l'imperatore di là dalle Alpi la designazione di *missus* o *legatus* acquistava grande importanza e specialmente quelli che erano investiti della carica permanente, vitalizia prima e poi ereditaria, collegata coll'esercizio delle regalie, erano i veri sovrani nel loro territorio, con tutti i segni della sovranità, *cum vexillo* ed altri simboli. Ma non tutti erano investiti di questi diritti: si possono riscontrare, oltre quelli incaricati di particolare missione, altri che stavano in sottordine e aventi una minore competenza giudiziaria.

Se trattavasi di persone incaricate di particolare missione, i

(1) Id., I, 38.

(2) HUILLARD-BREHOLLES, VI, 67, 83.

(3) BÖHMER, *Acta*, 273.

(4) Si parla di appello: *Criminales etiam questiones audias et civiles quarum cognitio si nos presentes essemus, ad nostrum judicium pertineret.* HUILLARD-BREHOLLES, V, 359, an. 1239.

(5) UGHELLI, II, 97; III, 353; IV, 966; MURATORI, V, 197; II, 967; III, 729; FANTUZZI, II, 72.

Digitized by Google

documenti l'esprimevano chiaramente: *missus d. regis ex hac causa constitutus — missus directus ad ipsam causam inquirendam et iustitiam faciendam* (1), e la persona delegata è un giudice palatino, un consiliario regio, un capellano chierico, mandato dalla corte oppure preso sul luogo stesso dove le parti stanno e dove si svolge la controversia: e in tal caso è specialmente il vescovo del luogo che è investito della facoltà di *investigare per inquisitionem et definire*, e se non vi riesce, allora *sub wadia firmisque fideiussoribus* deve inviare i contendenti alla presenza del re (2). Spesso quindi i vescovi erano costituiti messi *ad iustitiam faciendam* e provvisti di epistola imperiale che a presentazione obbligava chiunque a sottostare alle loro citazioni, a rispondere alle loro inquisizioni (3). Più tardi questi delegati ebbero il nome di *nuntius, vicarius, cognitores causae ex praecepto imper., cognitores controversiae ex delegatione d. imper., iudices delegati* (4) ,e per una causa alle volte erano delegate più persone.

Questo sistema della delega mostra come gli imperatori non avessero istituito in Italia un tribunale permanente: anche il *vicarius* non aveva che funzioni di delegato o per una causa come anche per tutte le cause, con facoltà di intervenire dove la sua presenza era richiesta, di tener tribunale nelle stesse città dove già si erano istituiti gli ordinamenti comunali. Egli avocava a sè le cause per le quali era delegato o quelle per le quali era invocato. Vedremo come delegati imperiali, almeno per le cause minori, fossero anche gli stessi consoli del Comune, *iudices et potestates* con funzioni permanenti di legati (5), essendo nel concetto imperiale i Comuni e gli ufficiali di esso non altro che organi del potere imperiale, così che non occorrevano per questi le *literae commissionis*, le quali invece erano rilasciate dalla Cancelleria imperiale ai *cognitores delegati*.

4. Quando gli imperatori e i re d'Italia vollero abbassare il potere dei vassalli laici così spesso ribelli alla loro autorità e a

---

(1) an. 968: AFFÒ, I, 353; MURATORI, V, 931; an. 1035: GIULINI, III, 517; an. 999: GATTULA, *Accessiones*, I, 116; ZACCARIA, *Leno*, 83.

(2) an. 853: *Mem. e doc. per Lucca*, V, 2, 420.

(3) an. 864: id., IV, 2, 52.

(4) TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, 279; MURATORI, II, 72; AFFÒ, III, 371; FANTUZZI, VI, 54.

(5) AFFÒ, II, 371; ROBOLINI, *Notizie appartenenti a Pavia*, III ,144.

Digitized by Google

tale scopo cercarono l'appoggio dell'alto clero e dei vescovi a cui trasferirono il potere sulle città e sui contadi, i vescovi furono nominati *missi d. imp.* Questa carica era diversa da quella che già avevano ricevuta nell'876, quando nella Dieta di Pavia fu ordinato che *episcopi singuli in suo episcopio missatici nostri potestate et auctoritate fungantur* (1). Con questa legge la giurisdizione loro attribuita era piuttosto di pacificazione: infatti si disponeva: *Et si ipsi per se costringere ad emendationem illos non potuerint, constitutis missis nostris renuntient, ut ipsorum iudicio legaliter emendent: quod si et ipsi hoc emendare nequiverint, ad nostram notitiam perducant.* Dunque i vescovi dovevano riferire ai *missi* viaggianti e questi infine informare il sovrano. Invece i poteri di cui furono investiti alcuni vescovi nel corso del sec. X ebbero altra importanza, perchè ad essi fu trasferito il banno imperiale *ut deliberandi et deiudicandi seu distringendi potestatem habeant veluti si praesens adesset noster comes palatii* (2). Di questo passaggio del potere giurisdizionale ai vescovi, come signori feudali delle città lombarde e toscane, qui brevemente accenniamo, trovando miglior posto più oltre, dove sarà esposta questa evoluzione di tanta importanza non solo nella storia degli ordinamenti giudiziari ma in quella politica d'Italia. Sia detto ora solo che il vescovo o il di lui messo o avvocato ebbe *licentiam tamquam nostri comes palatii distringendi et definiendi vel deliberandi omnes res et familias* (residenti nella sua signoria), e non potendo definire le cause *sine pugna legaliter*, potesse valersi del duello come un conte palatino (3). Nel che si vede essere considerato il vescovo ancora soltanto come giudice sui residenti nel patrimonio della chiesa: il che è detto chiaramente in questo privilegio del vescovo di Asti, an. 969: *ut omnis incola seu colonus atque habitator et residens terre et terrarum... a nullo homine per placitum aut per legem distringatur, dilaniatur nisi ante presulis suique missi presentiam et talem legem ibi faciat qualem ante nostram aut nostri comitis palatii presentiam facere debuerant* (4). Il quale diploma è diverso da quello per es. concesso al vescovo di Lodi nel 980: *querelas et intentiones omnium hominum in civitate degentium et habitantium*

(1) Capit. 876.
(2) an. 962, 989, 1004: Affò, I, 351, 367, 380.
(3) *Mon. hist. patr., Chartar.* I, 221.
(4) *Mon. hist. patr., Chart.* I, 221.

Digitized by Google

episcopus civitatis aut missus ita definiat tamquam nostri comitis palatii adesset praesentia (1). Così al vescovo era concessa la giurisdizione civile e criminale completa sulla città, come per es. al vescovo di Novara era concessa sul Contado di Val d'Ossola (2). Fu in tal modo che i vescovi di Reggio, Modena, Parma, Piacenza, Vercelli, Torino, Lucca, Arezzo, Crema, Cremona (3) vennero in possesso della giurisdizione imperiale sulle città, ed acquistarono il titolo di conti palatini, *missi d. imp*: e anche quando il Comune aveva rivendicato i pieni poteri e l'autorità imperiale era contestata a viso aperto, gli imperatori per amicarsi i vescovi continuavano a largir loro privilegi di suprema giustizia, a designarli come giudici di appello e presiedenti alle prove di duello e i soli abilitati a nominare tutori: *de causis suspectis cognoscere et de in integrum restitutionibus audire, iudicare, decretum et auctoritatem dare super contractibus minorum* (4).

Un funzionario che in quest'ordinamento politico e giudiziario acquistava grande importanza era l'avvocato del vescovo, il quale di fatto diveniva il vero *missus*, motivo per cui l'avvocato doveva essere investito delle sue funzioni non dal vescovo ma da un ufficiale imperiale: ciò risulterebbe da una formola del *Liber papiensis* (Karol., 22): *Domne Comes: hoc dicit R. episcopus quod vult eligere D. ut fiat suus advocatus*. Qualche documento ci mostra infatti l'avvocato essere eletto da un *missus* (5): ma più generalmente il vescovo nominava il suo avvocato, gli infeudava la carica che anzi divenne ereditaria, come un feudo, e gli stessi imperatori gli riconobbero il diritto di sceglierlo *ex militibus ecclesiae* a sua volontà (6).

Ma come gli imperatori avevano infeudato comitati e città ai vescovi, così ne infeudarono ai grandi vassalli laici, con diritto ereditario, nominandoli *missi*, visconti, vicedomini con diritto di

---

(1) UGHELLI, IV, 660.

(2) UGHELLI, IV, 700.

(3) TIRABOSCHI, *Modena*, II, 24; III, 68; IV, 86; MURATORI, VI, 42; UGHELLI, IV, 1050; CAMPI, I, 250, 494; BOSELLI, I, 306; MANDELLI, II, 69, 248.

(4) MANDELLI, II, 79.

(5) an. 1068: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, 143; UGHELLI, I, 353; *Mon. hist. patr., Chartar.* I, 553.

(6) BÖHMER, *Acta*, 29.

Digitized by Google

omnia iudicia agere velut nostro palatino comite (1), di risolvere tutte le cause *per legem et pugnam* (2), e quelli che ebbero la giurisdizione patrimoniale furono investiti con queste formole: *habeat nostram imperialem auctoritatem omnes suarum terrarum causas agendi, definiendi ante se per advocatos suos et duellum iudicandi... petitiones et actiones sub advocatos suos dirigere et advocatus auctoritate imperiali possit iudicare et eius sententia teneat* (3). Queste espressioni, come le altre *plena iurisdictio, merum imperium, merum et mixtum imperium, potestas, iurisdictio, districtus et honor* dànno l'idea dei poteri giurisdizionali conferiti ai signori feudali nei loro territori, nelle cause civili, criminali e di volontaria giurisdizione e sempre si aggiunge « cogli stessi poteri che sono propri del conte palatino » (4). Tanta estensione di diritti accordati ai grandi feudatari avvenne più specialmente in Lombardia e Piemonte, meno in Toscana: e forse ne andarono immuni i ducati di Spoleto, la marca di Ancona e la Romagna.

Il carattere e l'estensione della competenza di questi *missi* risultano dalle frasi surriferite: l'espressione *distringere* comprende tutti i poteri giudiziari, dall'ordinare la prova a pronunciare la sentenza e a farla eseguire, e ciò tanto nelle cause civili che nelle criminali. Si è già notato come soltanto se l'imperatore era presente o a sè avocava la causa o la delegava a speciale funzionario restava sospesa la giustizia feudale o comitale, perchè la giurisdizione imperiale assorbiva tutte le altre. Parimenti la concessione non escludeva nè sopprimeva l'appello all'imperatore. Si noti che le facoltà giurisdizionali di cui furono dotati i grandi feudatari furono poi dagli imperatori riconosciute ai Consoli delle città lombarde o per speciali privilegi o per la pace di Costanza del 1183: così che i consoli dovevano essere *missi d. imper.*: ora nella stessa pace fu mantenuto l'appello all'imperatore nelle cause più importanti: *appellatio ad nos fiat... ita tamen ut non cogatur in Alamanniam ire sed nos habebimus proprium nuntium in civitate vel episcopatu qui de ipsa appellatione cognoscat* (5). E quindi anche in seguito nelle concessioni di giurisdizione era inserita la

(1) *Mon. hist. patr., Chartar.* II, 129.
(2) MORIONDI, I, 46.
(3) Id., II; 552.
(4) GIULINI, III, 118, 132, 498; MURATORI, V, 931, IV, 9; AFFÒ, I, 353.
(5) *Mon. Germ.*, IV, 177.

Digitized by Google

clausola: *salvo iure appellationum in causis criminalibus et civilibus* (1): donde poi la nomina di *cognitores appellationum* — *vicarius et nuntius ad audiendas causas appellationum* e l'infeudamento della carica di giudice nelle cause di appello riservate all'imperatore, come si incontrano in diplomi relativi all'Italia del secolo XII e XIII (2).

5. Negli ultimi tempi dell'impero, quando già l'autorità imperiale in Italia non esisteva che di nome, fu creata un'altra carica, quella di *comes palatinus*, della quale furono onorati alcuni grandi feudatari che erano sfuggiti e scampati nelle guerre mosse dai liberi cittadini contro il feudalesimo e che avevano costituito dei piccoli Stati indipendenti. Di tal titolo si fregiarono i duchi di Savoia che per secoli si riguardarono delegati dell'Impero, quasi riconoscendo di tenere da esso l'autorità che esercitavano nei loro territori. Ebbero ancora gli imperatori a conferire la nomina e il titolo di notai imperiali, *tabelliones regis*, nomina che fu poi delegata ai grandi feudatari, ai conti del s. palazzo e alle città. Questi notai disponevano degli atti di giurisdizione volontaria e quindi dividevano gli onori della giustizia e ne portavano le insegne: potevano legittimare i figli naturali, nominare tutori e curatori e gli atti muniti col loro sigillo avevano efficacia come sentenze.

6. In conclusione l'ordinamento giudiziario nell'Italia settentrionale e centrale dallo scioglimento dell'impero carolingio fino all'avvento dei Comuni si può riassumere e rappresentare così costituito:

la curia imperiale o regia presieduta dal sovrano o dal suo vicario, cogli stessi caratteri;

la delegazione dei poteri giurisdizionali fatta dal sovrano ad alti funzionari o ai vescovi;

l'infeudamento della giustizia ai signori laici od ecclesiastici tanto nei loro territori feudali quanto in quelli patrimoniali od allodiali.

Tanto la giustizia delegata quanto l'infeudata nasceva da privilegio e concessione sovrana e sospesa restava se il sovrano era

---

(1) an. 1191: *Mem. e doc. di Lucca*, I, 198; LAMI, *Mon. eccles. florent.*, I, 380, an. 1186, 1209.

(2) an. 1189: LUPI, *Bergamo*, II, 1399; an. 1220: MURATORI, IV, 703.

Digitized by Google

presente [1]. Anche nelle *Const. regni Siciliae* era detto che *iustitiarius regionum... silere debebit ut puta minori lumine per luminare maius superveniens obscurato*; e un cronista più antico diceva: *ex antiqua consuetudine... Principe Italiam intrante cunctae vacare debeant dignitates et magistratus* [2]. I placiti del sovrano sono intesi a rendere giustizia a tutti gli uomini e per tutte le cause [3], a provvedere ai casi di *denegata iustitia* [4], per ascoltare i ricorsi al re contro sentenze dei conti [5]. Anche nelle cause feudali, secondo l'editto di Corrado II del 1037, dalla sentenza del *senior* o dei *pares Curiae* quelli che appartenevano ai *maiores valvassores* potevano appellare al re o al suo *missus* [6]. Poichè nessuno doveva giudicare *secundum arbitrium suum*, ma secondo la legge scritta, solo poteva provvedere il tribunale supremo nel caso che mancasse la parola della legge [7]. Così non vi era limite nella competenza del sovrano per l'onnipotenza sua: oltre che nelle cause fiscali e di regalie, lo si poteva dire giudice in tutte le cause che egli poteva sottrarre ai giudici naturali, dal momento che il diritto del tempo riconosceva in chiunque *licentiam lamentandi ad peccatorem*, licenza diversa dall'appello, poichè quella implicava un'accusa rivolta al giudice di aver sentenziato contro legge. A questa onnipotenza imperiale apparteneva anche il diritto di dichiarare *de plenitudine maiestatis nostrae quae est lex animata in terris et a qua iura civilia oriuntur* nulli, irriti tutti gli atti provenienti da qualunque autorità, poichè egli poteva

---

(1) an. 1186, a Lucca: *volumus ut si pater noster vel nos in civitate vel episcopatu lucano fuerimus, regiae maiestatis exerceamus iurisdictionem... nonobstante predicta concessione, idem ius successoribus nostris imperatoribus ac regibus reservantes. Mem. e doc. di Lucca*, I, 198.

(2) OTTO FRISING., II, 13.

(3) an. 1087: AFFÒ, II, 34.

(4) *Liber papiensis*, Liutpr., 25 (PERTZ, IV, 419); cfr. an. 855: MURATORI, II, 972: *unde in ipso comitatu* (di Trento) *iustitia minime habere potuimus*.

(5) *Liber papiensis*, Liutpr., 28 (PERTZ, IV, 420); Lothar., 66, 550.

(6) Edict. de beneficiis in PERTZ, *Mon. Germ. Leges*, II, 35. Anche il papa si appellava all'imperatore contro la sentenza di *missi* che l'avevano condannato a cedere certi beni al mon. di Farfa; an. 823: *Regesto di Farfa*, II, n. 257 e in GALLETTI, *Del primicero*, pag. 185.

(7) *Liber papiensis, Extravag.*, 35 (Ludov., II, 4), pag. 589: *de quo non est scripta hoc nostro consilio habeatur*. Cfr. an. 833: MURATORI, I, 460; an. 998: MURATORI, *R. Ital. Script.*, II, 2, 506: *sit in providentia d. imp.*

Digitized by Google

decidere *per arbitrium, contra legem, in providentia*. E così mentre da un lato queste giurisdizioni delegate o infeudate erano paralizzate dall'intervento regio, lo erano ancora d'altro lato dalle tante eccezioni stabilite in favore di determinate classi e persone, come i grandi vassalli e i vescovi, che erano sottratti ai tribunali ordinari e soltanto potevano essere tradotti davanti al tribunale imperiale o regio. Vi erano famiglie privilegiate che rilevavano solo *de iurisdictione regis* e che dovevano *facere rationem sub rege*.

7. Ma non si è ancora visto quali fossero i giudici ordinari nelle città italiane. Era possibile che tutte le controversie, tutte le infrazioni alla legge penale fossero portate al tribunale imperiale o a quello del *missus* e vicario di lui? Le città avevano i loro *iudices* come i villaggi i loro *decani*, e ciò tanto nel sec. IX che nel sec. XII: cosicchè si può dire che l'ordinamento giudiziario locale che si era formato nel periodo longobardo-franco continuò anche nei periodi seguenti. Questi *iudices* spesso aggiungono la qualifica di *sacri palatii* o di *d. imperatoris* (1), e sono assistiti da scabini (2): ma sono anche chiamati col nome di *judex ordinarius* o semplicemente *iudex* (3). Questo funzionario è nominato dal *missus d. imp.* o dal vescovo, cioè da chi era in possesso della signoria feudale o dell'alta giurisdizione, come anche potevano essere nominati dallo stesso imperatore, e a queste nomine direttamente provvedeva quando era in Italia. Il trovarsi questi giudicanti in una posizione inferiore ai veri *iudices s. palatii*, nome che più generalmente si riservano i *missi*, i *vicedomini* ecc., è dimostrato dai documenti che non solo li ricordano col semplice nome di *iudex* (4) ma anche con quello di *iudex et notarius* (5), *iudex et causidicus* (6). I grandi ufficiali del regno e i grandi feudatari erano sì i titolari della giustizia, ma l'esercizio affidavano a speciali incaricati che in loro nome e conto sedevano nei tribunali dei vari distretti in cui ripartivansi le signorie e i comitati,

(1) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 774, an. 865; an. 880: MURATORI, I, 435; an. 865: *Cod. dipl. Langob.*, 234; *Monum. Novalic.*, I, 32, an. 880.

(2) an. 899: *Cod. dipl. Langob.*, 383; an. 905: id., 416.

(3) LAMI, I, 339.

(4) *Monum. Novalic.*, I, 32; *Cod. dipl. Langob.*, 352, an. 892; id., 356, an. 892; id. 370, an. 896; id., 416, an. 905; id., 427, an. 908; id., 475, an. 918,

(5) *Cod. dipl. Langob.*, 488; RENA e CAMICI, *Contessa Matilde*, 1764, pag. 120, an. 964.

(6) GLORIA, *Cod. dipl. padovano*, II, 212, an. 1130.

Digitized by Google

giudici e nello stesso tempo agenti finanziari e di polizia: e sedendo nei tribunali o giudicavano e sentenziavano da soli oppure coll'assistenza di scabini, nome che trovasi ancora nel secolo XI (1), e che poi è sostituito dall'altro di *iudices*, che seggono nel tribunale nel numero di 5, 7 e più ancora. La *Lex romana utinensis* parla espressamente dei *mediocres iudices* che dipendono da un signore e ai quali sono deferite la *causae minores* cioè *de modica terra, de vaso domus, de furtivo cavallo*; e continua: *maiores vero causas inter altas personas qui per scripta in accusationem veniunt, ante seniores principes definiantur: et si forsitan privati iudices altiores causas ad Principes fraudare voluerint, quinque libras auri solvant* (II, 1). Ognuno deve andare al suo giudice *qui in provincia sua commanet*, continua la stessa legge, e se oserà rivolgersi a giudice superiore (*ad milites qui in obsequio principum sunt*) sia punito; e questi giudici di provincia (*iudex provincialis*) sono quelli che tengono i *quotidiana districta* (2) in opposizione ai *placita generalia* che i conti palatini, i *missi d. imp.*, i vescovi e signori feudali solennemente in epoche stabilite bandivano — una volta all'anno per tre gioni consecutivi (3), due volte all'anno (4), tre volte (5), cinque volte (6) — ai quali *pene tota civitas affuit* (7), dopo che era fatta la *cridatio per dies quindecim ante adventum* del signore (8). Anche nel sec. XII ai *placita generalia* dovevano accorrere tutti gli uomini liberi (9), sotto pena di sequestro dei beni (10), ai quali la riunione era ben nota perchè era tenuta ogni

---

(1) Iudices civitatis o Mediolanenses, Ticinenses ecc.; MURATORI, V, 930; I, 359, 456. Il nome di *scabini* appare anche nella prima metà del sec. X (LUPI, II, 114) ma senza più parte attiva.

(2) an. 1152: GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, 116; an. 1120: 570.

(3) *Accad. delle Scienze, lettere ecc. di Torino*, XIII, pag. 34, per Savona an. 1055; an. 1055: MURATORI, V, 753.

(4) an. 1182: MURATORI, I, 725.

(5) an. 1111: BONELLI, *Vescovi di Trento*, II, 376.

(6) an. 1178: MORIONDI, I, 58.

(7) RATHERIUS, *Epistolae*, 12, c. 4 (MIGNE, CXXXVI, 685).

(8) DE RUBEIS, *Mon. eccl. aquileiens.*, 648.

(9) Si desume dal doc. falso ma redatto nel sec. XII, pubbl. da UGHELLI, II, 522. Lamberti Capit. c. 6, an. 898 (PERTZ, I, pag. 432): *Ut ipsi arimanni frequentius quam in lege statutum est, ad placitum ire non cogantur nec a Comitibus nec a sculdalisiis.*

(10) Id., c. 5: *res arimannorum si occasione vitandi placitum venditae fuerint.*

Digitized by Google

volta negli stessi giorni: invece ai *placiti* dei *iudices minores*, dei *iudices communes* che sono i predecessori dei *iudices populi*, dei *Consules placiti* dell'epoca comunale, intervenivano solo i contendenti e quelli che vi erano tradotti per essere giudicati. Cosicchè nelle città italiane a tutte le necessità giudiziarie quotidiane provvedeva il *iudex civitatis*, che è appunto quel giudice mediocre della legge udinese, la cui azione si arrestava solo davanti alle persone privilegiate.

8. Il re d'Italia e imperatore romano teneva i *placita generalia* o *publica* nei suoi palazzi che aveva in alcune città d'Italia (1) e di Romagna (2), e quando era in viaggio nei luoghi ove si fermava, presso un monastero, una chiesa vescovile, nella casa del vescovo (3) o nel palazzo municipale (4). Era vietato per le leggi carolingie tenere riunioni giudiziarie nei luoghi sacri (5) e in quelli dichiarati immuni e occorreva il permesso del vescovo o dell'abbate. Alla fine del sec. IX fu ordinato ai conti di *constituere domos in publicis vicis* ove tenere i loro placiti (6). Trovansi anche riunioni tenute nella casa del conte, del *missus* (7) o in luoghi privati (8) sempre con licenza del proprietario, per riguardo al-

(1) an. 852, placitum generale nel palazzo di Pavia: MURATORI, II, 952; id., II, 934, an. 908; id., VI, 194, an. 912 id., VI, 194 e 306, an. 912, 915, *in palatium noviter aedificatum ab. D. Ughonem rex*; an. 945: *in palatium d. Regum noviter edificatum*; LUPI, II, 206. I cittadini di Cremona diedero a Enrico V, a. 1114, il privilegio *ut extra muros eorum palatium et hospitium habeamus*; MURATORI, IV, 24. A Verona, Lucca, Milano vi erano palazzi regi.

(2) A Ravenna vi era nel 991 un'aula regia, FANTUZZI, V, pag. 246, e a Roma presso la basilica di S. Pietro.

(3) an. 1023: *in domo episcopii s. sedis Veron. eccles.*, UGHELLI, I, 466; *in superiore domi episcopii Ravenn.*, FANTUZZI, I, 93; an. 1077: *in casa terrena episcopii per data licentia*, MURATORI, I, 458.

(4) an. 998: *in domo civitatis* di Cremona, MURATORI, II, 793; an. 1058: *intus casa quae est sala de palatio de civitate lucense*, *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, append., pag. 663, n. 1792.

(5) *Liber papiensis Kar. M.*, 118: *nec in ecclesia nec in terris ecclesiae circumiacentibus vel cohaerentibus*; Ludov. Pii, 19: *Mallus neque in atrio habeatur*. I *placita minora* si potevano tenere *ubi comes impetrare potuerit* (PERTZ, *Leges*, IV, 509, 533).

(6) Lamberti imp. Cap., an. 898, c. 11 (PERTZ, I, 565).

(7) an. 1001: *infra castro loci quod comes detinet*, MURATORI, I, 407; an. 1111: *in prato d. Marchionis*, UGHELLI, I, 873.

(8) an. 975: *in curte propria d. A. per data licentia*, MURATORI, I, 480; an. 994: *in laubia solario propriae habitationis A. per data licentia*, LUPI, II, 402; MURATORI, IV, 9.

Digitized by Google

l'inviolabilità della casa o corte. Le riunioni erano pubbliche: ecco perchè erano tenute in chiesa o in un prato (1), sotto un albero (2), e solo quando il tempo era cattivo in un luogo riparato, in un *solarium* (3), in una stanza, *caminata* (4), in una *sala* (5), in una loggia, *taubia* (6).

9. Si è più volte accennato all'aula imperiale come tribunale di appello. Al sec. XII la Curia imperiale aveva sede in Germania e quindi le cause dall'Italia dovevano essere colà portate. Nella pace di Costanza si mantenne fermo il principio che l'appello fosse portato a quest'aula (*ad nos fiat*) per le cause di grande valore: però *non cogantur in Alamanniam ire sed nos habebimus in civitate vel episcopatum proprium nuncium qui de ipsa appellatione cognoscat*. Questi dovevano essere i *legati*, *nuntii*, *vicarii* o *missi* che rappresentavano l'impero in Italia (7).

L'ordinamento giudiziario dei marchesati del Friuli, di Verona, dei ducati di Toscana, Spoleto, Benevento, Salerno non presenta differenze da quello sinora descritto. Investiti della sovranità, questi duchi possedevano piena giurisdizione nei loro territori, la quale si piegava davanti a quella imperiale che era concorrente con tutte le giurisdizioni: nello stesso modo che la presenza del duca o del marchese sospendeva la competenza dei giudici da essi dipendenti (8). Questi grandi feudatari erano i supremi giudici; presiedevano il tribunale assistiti da *iudices*, *gastaldi*, *sculdasci*, ma se essi non intervenivano, questi funzionari anche da soli tenevano le riunioni giudiziarie, sentenziavano e riscuotevano le multe *a parte palatii*. *Iudices* o *gastaldi* erano preposti nei diversi castelli che formavano il territorio del du-

---

(1) an. 903: *intus ecclesia*; MURATORI, I, 367; II, 488; *in prato, in clausura, intus orto, in atrio ante basilica*; id., I, 498, 383; II, 943; FUMAGALLI, 57; TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, 76.

(2) an. 372: *sub quadam arbore*; MURATORI, *Ant. estensi*, I, 176.

(3) an. 1021: MURATORI, *Ant. estensi*, I, 154; FUMAGALLI, II, 159; LUPI, II, 402.

(4) an. 896: FUMAGALLI, 133; an. 993: LUPI, II, 398.

(5) an. 895: FUMAGALLI, 133; an. 1001: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 117.

(6) an. 1045: MURATORI, IV, 9; an. 995: LUPI, II, 402.

(7) an. 1015: *missi imperiales... habeant licentiam definire lites et intentiones propugnare et legale iudicium ante illos tamquam ante presentiam nostram vel nostri palatini comitis*; FUMAGALLI, *Antichità*, I, 228.

(8) an. 1099: *D. Mathilda quae eodem tempore iuxta civitatem Luca causa iustitiae facendum morabatur*; MURATORI, IV, 733.

Digitized by Google

cato [1], e giudicavano senza l'assistenza di *boni homines*. La giustizia aveva perduto il carattere di popolare: e questo durò fino all'avvento della dominazione normanna.

10. Nei territori della Romania sottoposti al Papa e all'imperatore, la giurisdizione era posseduta tanto dall'uno che dall'altro [2] o da tutti due assieme [3]. Fu una concessione fatta al papa che Ottone I quando assunse in Roma la corona imperiale giurò che solo coll'assenso del papa avrebbe tenuto tribunale ed emesso ordini [4]. Ma prima di Ottone anche i *missi d. imper.* tenevano placiti a Roma e giudicavano assieme ai *missi d. apostolici*, con competenza concorrente a quella dei giudici ordinari e speciale negli appelli e nei casi di denegata giustizia [5]. Al sec. X compare in Roma il *praefectus urbis* a presiedere i tribunali accanto a messi imperiali e pontificii: e assume anche il nome di *Comes Palatii Lateranensis* [6]; e nell'XI la presidenza è tenuta dal papa assistito dal *consul, dux* e da *iudices* e anche da *senatores* [7]: e i *iudices* sono ancora detti *dativi* [8], ma la loro funzione pur vitalizia è divenuta onorifica, cioè non sono più i giudicanti, che questo incarico è affidato ai *iudices pedanei* [9] e nel tribunale pontificio ai *iudices palatini* o *nostri iudices* [10]. Componevano il tribunale pontificio lo *scrinarius s. Romanae ecclesiae* che conservava i protocolli giudiziari, il *notarius*, i *tabularii*, i *cancellarii*, i *nuncii*. E ancora conservavansi parte di quegli ordinamenti giudiziari che il basso Impero aveva trasmesso alla

---

(1) Vedi molti atti giudiziari nel *Codex diplomaticus Cavensis*.

(2) La giurisdizione dell'imperatore sui Romani fu espressamente riconosciuta nella Convent. Rav. Lamberti imp., an. 898, c. 2 (PERTZ, II, 563). Cfr. il placito di Ottone III, an. 983, in FANTUZZI, I, n. 63. Vedi cause iniziate dall'imper. e condotte a termine dal papa in *Regesto di Farfa*, III, n. 492, an. 1014; e GALLETTI, *Primicerio*, pag. 292, an. 1072.

(3) an. 908: UGHELLI, I, 851; an. 967 e 1001 in FANTUZZI, III, n. 7 e 12.

(4) Coron. Rom., an. 962 (PERTZ, *Leges*, II, pag. 29): *Et in Roma nullum placitum aut ordinationem faciam de omnibus que ad te aut ad Romanos pertinent, sine tuo consilio.*

(5) Hloth. Const. Rom., an. 824.

(6) GALLETTI, n. 21.

(7) HARTMANN, *Tabularium eccl. S. Mariae latae*, 1905, I, n. 1.

(8) *Iudices dativi huius Romaniae*: UGHELLI, I, 851, an. 904; *iudices dativi Romani et Langobardi*: FANTUZZI, II, n. 12, an. 957.

(9) *Notitia de diversis Iudicum generibus* in PERTZ, IV, 664.

(10) GALLETTI, *Vestarario*, pag. 3; *Primicerio*, n. 21, 23.

Digitized by Google

Roma pontificia. Come nell'Italia longobarda così anche a Ravenna e nella Romagna era uso che il magistrato concorresse coi giudici alla formazione della sentenza. Quando l'imperatore presiede placiti a Ravenna siedono con lui *nobilium ducum, iudicum et aliorum sublimium*, che giudicano mentre egli non fa che eseguire le loro decisioni (1): e quello che avviene al placito imperiale si verifica anche in quelli presieduti da vescovi ove *iudicaverunt suprascripti dativi et scabini* (2) oppure *nobiles viri laudabilesque fama* (3).

Però verso il mille si nota una novità nel senso che pronuncia la sentenza un giudice unico (4); e così anche quell'ordinamento giudiziario derivato da influenze germaniche che sarebbe penetrato in Romagna, e che era basato sulla pluralità dei giudici, avrebbe avuto fine.

11. Poichè anche al tempo dei Comuni l'Italia era politicamente parte del Sacro romano Impero, così è necessario illustrare quale era la costituzione giudiziaria di questo nel sec. XIII e seguenti, e mostrare quali interferenze i tribunali imperiali potevano esercitare in quelli italici.

Continuava nella costituzione germanica a dominare il concetto che l'imperatore fosse il giudice per eccellenza ed ogni altro giudice del regno non potesse essere propriamente che un sostituto di lui, onde dovesse cedergli l'ufficio ove fosse l'imperatore presente. Questi esercitava il suo ufficio di giudice nel cosidetto tribunale aulico dell'Impero, *colloquium palatinum, iudicium palatii*, il quale non aveva sede nè termini fissi, dipendendo dalla volontà del sovrano, rispettivamente dal momentaneo soggiorno della corte: cosicchè anche residendo in Italia, l'imperatore giudicava di cause tedesche. Però nel 1234 Enrico VI prometteva di render giustizia in persona una volta al mese ed imponeva a tutti i principi e altri giudicanti di fare altrettanto (5).

Il tribunale aulico si componeva del giudice che presiedeva e degli assessori o giudici sentenzianti. Per la mancanza di un'or-

---

(1) FANTUZZI, *Mon. ravenn.*, I, n. 63.
(2) Id., II, n. 5.
(3) Id., I, n. 67.
(4) Id., I, n. 94; II, n. 31; IV, n. 23.
(5) Henrici regis Constit. generalis, an. 1234, in PERTZ, *Mon. Germ. Leges*, II, 311.

Digitized by Google

ganizzazione stabile, questi ultimi non erano stabili, ma venivano scelti di volta in volta fra i dignitari di corte, con riguardo alla natura della causa ed alla qualità delle parti, cioè dovevano essere della stessa schiatta e dello stesso rango dei contendenti. Federico II nel 1215 aveva istituito un *iusticiarius curiae imper.* che lo doveva rappresentare in tutte le cause, eccetto che si trattasse di feudi imperiali e *de causis maximis* che a sè riservava [1]. Il giustiziere aveva carattere stabile, e il titolo fu tolto dalla terminologia normanno-sicula.

Alla morte del re il tribunale aulico si scioglieva per essere ricostituito nuovamente dal successore: in caso di impedimento o di assenza del sovrano il tribunale aulico dell'Impero veniva costituito e presieduto dal Vicario dell'Impero e durante la vacanza del trono dal Conte palatino renano. Da tribunale aulico poteva fungere anche la Dieta dell'Impero e secondo la Bolla d'oro doveva fungere come tale quando si trattasse di cause sulla vita e sulla corona. Al personale del tribunale aulico apparteneva il *notarius curiae* che dirigeva la cancelleria, protocollava gli atti e registrava le sentenze. Verso la metà del sec. XV al tribunale aulico si sostituì la Camera imperiale che divenne il supremo tribunale dell'Impero. Era presieduta dall'imperatore o da un suo vicario. Anche essa non aveva sede stabile e peregrinava coll'imperatore.

Dinanzi all'imperatore o al suo vicario qualunque causa poteva discutersi, anche di prima istanza: ma a lui erano riservate le *causae maiores* di principi o membri di famiglie principesche e la intimazione del bando dall'Impero. Dinanzi al tribunale aulico si svolgevano:

1° Le cause in prima istanza, cioè in concorrenza coi tribunali ordinari inferiori. Dovunque il re si recasse, il tribunale locale ordinario sospendeva le sue funzioni di fronte alla giurisdizione regia, cioè il tribunale aulico subentrava al posto del tribunale ordinario e poteva decidere ogni causa che non fosse già passata in giudicato. Oltre a ciò il re aveva di fronte a tutti i tribunali, che non avessero ottenuto speciale licenza, il *ius evo-*

---

[1] Friderici II Const. Mogunt.; HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. diplom.*, IV, 748; PERTZ, IV, 313.

Digitized by Google

candi, in forza del quale egli poteva citare al suo tribunale qualunque causa non ancora definita.

2° Il tribunale aulico era corte di appello per tutti i giudizi ordinari inferiori.

3° Il tribunale aulico era il tribunale riservato e privilegiato per certe classi di persone e per certe specie di cause. Era il foro di prima istanza per tutti gli *immediati* dell'Impero, cioè principi, ministeriali della corona e città dell'Impero: inoltre per cause vertenti su beni e diritti dell'Impero.

Questo tribunale perdette molto della sua autorità in Italia dopo il trattato di Costanza e poi in seguito quando le città si emanciparono costituendo i loro tribunali, anche supremi: e la perdette anche oltre le Alpi in seguito alla *concordatio cum principibus ecclesiasticis* che dispensava i principi ecclesiastici dal mantenimento dalla corte nella loro città, fatta eccezione per il caso di una dieta dell'Impero. Per tal modo alla fine del secolo XIII questa giurisdizione ambulante era del tutto scomparsa. Fino dal sec. XIII i Comuni italiani contestavano all'imperatore il così detto diritto di *evocare pro iustitia* (1), cioè di richiamare le cause al suo tribunale. Infine egli si era piegato a questa rinunzia sotto la forma di concessione di *privilegia de non evocando* distribuiti a principi e a città, finchè nel 1487 venne la totale abolizione del *ius evocandi*.

12. Nei territori di Trento, cioè del Tirolo come nella Marca del Friuli il tribunale del duca costituiva la suprema istanza. Vi erano anche tribunali provinciali investiti dei giudizi di tregua, i quali corrispondevano assai probabilmente ai giudizi generali dei distretti missatici secondo la costituzione carolingia. Tanto nei territori ducali che nei provinciali si conservava in vigore la costituzione giudiziaria carolingia del *placitum legitimum* cogli scabini. I duchi e i marchesi, grandi feudatari, possedevano la piena sovranità giudiziaria e la esercitavano per mezzo di giudici, che generalmente erano vassalli ai quali avevano infeudato il banno giudiziario. Anche qui si ebbero divisioni di competenze secondo il valore e la qualità delle cause; si ebbe una bassa giurisdizione locale e una curia di appello presso il principe modellata

(1) Vedi il doc. del 1226 di Borgo S. Donnino in FICKER-PUNTSCHART, pag. 161.

Digitized by Google

sul tribunale aulico: si ebbero giudizii provinciali e patrimoniali conferiti alle signorie patrimoniali come pertinenza della proprietà fondiaria, non come emanazione della pubblica autorità dello Stato. Ma questa evoluzione fu avvertita solo in quelle regioni d'Italia in cui dominò il feudo e non soffiarono le aure delle libertà comunali, cioè nelle regioni più vicine alle sedi dell'Impero.

Digitized by Google

CAPO VIII.

La giurisdizione comitale nelle città italiane fino all'avvento dei Comuni

SALVIOLI, *Storia delle immunità, delle signorie e delle giustizie delle Chiese in Italia*, negli *Atti e Memorie delle Deputazioni di storia patria per le provincie modenesi e parmensi*, serie III vol. V parte I: vol. VI parte I, Modena 1889: e la stessa con introduzione di pagg. I-XXII, Napoli 1917; VOLPE, *Istituzioni comunali a Pisa nei sec. XII e XIII*, 1902: ID., *Volterra, Storia di vescovi signori, di istituti comunali, di rapporti fra Stato e Chiesa*, 1923.

1. Accanto a questo ordinamento giudiziario esistente in diritto si era nell'Italia settentrionale e centrale costituita un'altra serie di tribunali in seguito agli avvenimenti politici, che è necessario aver sempre presente.

Si è detto come gli imperatori e i re d'Italia per abbassare la potenza dei feudatari laici elevarono quella dei signori ecclesiastici, e come alla turbolenza di quelli cercarono por fine trasmettendo a vescovi ed abbati di grandi monasteri le regalie di cui avevano fatto cessione ai feudatari. Speravano così i sovrani di dare alla loro autorità una base più salda. In conseguenza di questo disegno politico e per associare alla causa dell'Impero l'alto clero che per le ricchezze e per l'esercizio della religione godeva grande influenza, Ottone I cominciò a sostituire i vescovi ai conti nella signoria delle città italiane, investendoli di tutti i poteri amministrativi, militari e giudiziari, facendo di essi dei funzionari pubblici, a titolo feudale, investiti dall'imperatore come gli altri preposti all'amministrazione dei comitati.

Digitized by Google

Il disordine interno era giunto a tal punto che l'Impero non era che semplice nome, poichè, siccome l'esercizio effettivo della potestà fondavasi unicamente sulla fedeltà dei grandi feudatari, così questa potestà era sempre alla mercè delle ambizioni e delle cupidigie che crescono sempre rigogliose e sfrenate nei periodi di anarchia. Dacchè i diritti di successione ereditaria nei feudi e nelle cariche erano sanciti dalle leggi, l'autorità politica aveva perduto le sue basi naturali, e il sovrano era costretto a patteggiare ogni giorno coi suoi vassalli inamovibili dalle cariche e dai grandi possessi: nè la condanna per fellonia era sempre seguìta da risultati effettivi, perchè mancava ai sovrani la forza per dar corso alle condanne e cacciare i ribelli. Sperarono i sovrani salute rivolgendosi ai vescovi, come a vassalli più fedeli ai doveri feudali e più ossequienti al potere che li investiva della spada e del pastorale.

I vescovi erano preparati a questa successione. Le immunità di cui godevano, i privilegi giudiziari in favore dei beni e dipendenti dalle chiese avevano loro creata una posizione eminente a danno del conte. Da tempo già erano in possesso di molta autorità anche nel campo politico, cosicchè la loro sostituzione ai conti nella signoria della città non alterò le basi dell'ordinamento dello Stato nè trovò impreparati i vescovi alle nuove funzioni. Questa trasmissione compiuta nell'interesse dell'Impero, allo scopo di mantenere questa feudalità ecclesiastica in più stretta dipendenza, si attuò senza scosse nè si previdero i risultati straordinari che ne dovevano scaturire.

2. I primi vescovi che divennero conti nella loro città furono quelli di Bergamo, Cremona, Modena, Reggio, Lodi, ecc. (1). Tacciamo come d'allora le sedi episcopali furono concesse quale premio di servizi politici, e la simonia regnò senza misure e senza veli. Cortigiani, guerrieri, uomini di parte vestivano l'infula e ricevevano, come vassalli dell'Impero, l'investitura dal re d'Italia di feudi e di regalie, finchè Gregorio VII iniziò la memorabile lotta per le investiture.

Le formole della concessione relative alla giurisdizione suo-

(1) an. 904 per Cremona; an. 916 per Bergamo: *Mon. hist. patr. Cod. Langob.*, 690, 810; an. 908 per Modena: TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 51, 54, 56; an. 962, id., I, n. 104; an. 982, 996 per Tortona: SALICE, *Annali tortonesi*, 1874, pag. 482; an. 973 per Lodi: VIGNATI, p. 27 ecc.

Digitized by Google

nano così: « concediamo la città *et omnem districtum — omnem publicum districtum civitatis — totam civitatem in integrum cum omni publica functionem... placitum tenendi, legem omnem faciendi, omnem publicum honorem, potestatem, actionem, redibitionem habendi, iudicandi* » (1).

In queste concessioni si possono notare diverse fasi: dove i privilegi dell'immunità sono aumentati colla concessione delle regalie, senza che al vescovo siano trasferiti i poteri del conte: dove il vescovo succede in tutti i poteri di questo: dove è concessa solo la giurisdizione di prima istanza, l'appello e il duello restando riservati al tribunale regio: dove sono ceduti i poteri del *missus imperialis* col diritto di giudicare in appello e di presiedere i duelli.

Comunque anche divenuti conti, i vescovi non erano altro che i rappresentanti di quella pubblica autorità che continuava a trascinare il suo nome attraverso alle città italiane, quando e dove era possibile: e sarebbe erroneo credere che il regno italico fosse trasformato in un immenso patrimonio privato, il governo in un'amministrazione di beni e che i diritti pubblici fossero confusi coi privati. I vescovi nelle città erano i giudici quali funzionari regi. Se nelle loro terre e sui loro dipendenti avevano fondato una giurisdizione privata e patrimoniale, tale carattere non ebbe quella che esercitavano sulle città di cui erano conti. Ciò risulta dall'investitura che il vescovo riceveva dall'imperatore delle funzioni di messo regio, di conte palatino, dalle nomine degli alti funzionari ecclesiastici fatte dall'imperatore stesso, di quegli alti funzionari preposti appunto ai tribunali del *Comitatus*. Il vescovo-conte è dunque un funzionario del re, un grande feudatario a cui spetta l'amministrazione temporale della sua diocesi, con tutti quei vantaggi e proventi che prima andavano divisi fra il conte e l'imperatore.

3. Nello stesso tempo il vescovo diveniva conte della città e del contado, continuava ad esercitare diritti nelle terre della chiesa, investito così dei poteri comitali su quella, dell'autorità civile colla giurisdizione patrimoniale su queste. L'esercizio della prima funzione non sopprimeva la suprema potestà imperiale, fonte di ogni prerogativa, diritto e privilegio. Si potrebbe dire

(1) TIRABOSCHI, *Modena*, II, pag. 18; MURATORI, I, 417, VI; 41; *Cod. dipl. Langob.*, 1291; *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 325; ROBOLOTTI, pag. 35; DE RUBEIS, *Monum. eccles. aquileiens.*, 1740, pag. 454, 619.

Digitized by Google

che gli imperatori spezzarono lo Stato in tali piccole unità, affidandole a signori laici od ecclesiastici, solo per meglio governare, non mai alienando ed abdicando a ciò che erano i diritti loro. Quindi i vescovi, divenuti vassalli, riconoscevano di tenere i loro poteri dall'imperatore e di esercitarli in nome di lui *salva iustitia imperiali per omnia* (1), con che intendevasi significare che qualsiasi privilegio giurisdizionale era sospeso davanti alla suprema potestà imperiale. Perciò quando l'imperatore veniva in Italia, per le terre dove passava non altra giustizia vigeva che la sua: come anche ogni segno esteriore di giustizia si abbassava davanti a quello che innalzasse altro ufficiale superiore. Quindi il *comes palatinus* o il *missus d. imperatoris* poteva sempre tener placito e giudicare entro la città e nel contado del vescovo: «perchè laddove l'imperatore o un suo delegato è presente, tutte le dignità si ritengono vacanti e i magistrati ai di lui cenni trattano secondo le disposizioni di legge» (2). La espressione che il *comes palatinus* tiene le sue assise *per licentia data d. episcopi* (3), non può significare che l'esercizio della giustizia imperiale dipendesse dal beneplacito dei vassalli. I rapporti fra vescovo e imperatore erano quelli di sovrano a funzionario, a vassallo, ed erano rigorosamente (per quanto era possibile) regolati dalla legge feudale. Il *fiscus comitalis* non perdeva per questo i caratteri di dipendenza verso l'autorità imperiale.

Nello stesso modo dei conti anche i vescovi non entrarono nell'esercizio di tutti i diritti giurisdizionali: ne restò esclusa per es. la prova del duello che non potevasi esperimentare che davanti all'assemblea popolare o al sovrano (4), che poi delegava i suoi messi perchè la dirigessero e pronunziassero conforme ai risultati (5). Ora siccome tale prova nella procedura del tempo era molto usata, frequente era la ingerenza dei *missi imperat.* nella decisione delle cause giuzidiarie: e solo in seguito ad altri privilegi i vescovi

(1) Diploma di Federico I, an. 1059, 1060, alla Chiesa di Reggio; MURATORI, VI, 248, 249; an. 1077: id., MITTARELLI e COSTADONI, IV, 77-78.

(2) OTTO FRISIGENSIS, II, c. 13.

(3) an. 966: MURATORI, I, 383; an. 1047 per Piacenza: CAMPI, *Hist. eccl. di Piacenza*, I, 510; an. 1000: AFFÒ, I, n. 88; an. 911: BOSELLI, *Storie piacent.*, I, 296.

(4) Così un placito del 1052 davanti all'imperatore Enrico II: *unde in nostra presencia per pugna definimus*; FICKER, IV, n. 61.

(5) an. 1027: TIRABOSCHI, *Modena*, II, n. 173.

Digitized by Google

vennero in possesso anche di questa facoltà relativa al duello (1). I privilegi che così suonano: *ut sit noster missus et habeat potestatem deliberandi et definiendi et deiudicandi tamquam comes nostri palatini* (2), avevano grande importanza poichè abilitavano il vescovo a *definire legali sententia* qualunque causa, quando mancavano documenti e testimonianze (3). Il suo tribunale veniva eguagliato ai maggiori ed acquistava le prerogative riservate al sovrano e al conte palatino (4), come il messo del vescovo che presenziava i duelli si riteneva potere *more comitum placita definire* (5). Diciamo che i duelli erano presenziati dal *messo* o dall'avvocato del vescovo, perchè questi non poteva secondo i canoni assistere ad atti di spargimento di sangue, come neppure all'applicazione delle pene corporali (6). Se la promessa di provarsi in duello si faceva davanti al vescovo, il duello si compieva davanti all'avvocato (7). E quando tutto si vendette, si concesse e si fece traffico di ogni regalia, anche il diritto di presiedere ai duelli fu dai vescovi infeudato insieme alla avvocheria come sua prerogativa: *duellum ad iurisdictionem advogariae pertinet et ius est* (8). Se si ha riguardo all'importanza che aveva questa prova, all'influenza che esercitava nel corso del giudizio, si comprenderà perchè la presidenza dei duelli fosse di competenza del principale funzionario del vescovo. E fu quest'importanza e quest'influenza che poi determinarono i vescovi a voler conservato questo privilegio, quando al tramonto del loro potere sulle città dovettero rinunciare alle loro funzioni di giustizieri e di conti (9). Conservando il diritto di dirigere i duelli, si riservavano un'ingerenza

(1) an. 1014: MURATORI, III, 641.

(2) an. 1004: AFFÒ, I, n. 21; MURATORI, VI, 48.

(3) an. 1116: BIANCOLINI, *Chiese di Verona*, I, 271; MURATORI, VI, 48.

(4) an. 1076: VIGNATI, *Cod. dipl. laudense*, n. 44.

(5) BÖHMER, *Acta*, 29.

(6) Difatti è al vicedomino del vescovo di Parma che Enrico I concede il diritto del duello: AFFÒ, I, n. 91; cfr. VIGNATI, doc. cit.

(7) an. 1202: *monomachia in manu patriarcae vadiari debet et fieri coram advocato et nuncio eius*; DE RUBEIS, *Monum. aquil.*, 650.

(8) VERCI, *Marca Trevigiana*, I, 77. In un processo del sec. XII tenuto all'abbazia di Leno dicesi: *Et haec disceptatio gerebatur in curte de A. et sub judicio qui pro abate honorem illum tenebat*; ZACCARIA, *Abbazia di Leno*, pag. 174-176.

(9) AFFÒ, II, n. 61. A Modena dei signori avevano anche nel 1283 *custodiam camporum et duelli*: MURATORI, V, 299.

Digitized by Google

nell'amministrazione della giustizia, specie nelle cause gravi e in quelle relative ai beni delle chiese.

Questo privilegio che faceva del vescovo un conte palatino, schiuse la via perchè egli lo divenisse anche di diritto e con tutta la competenza che era propria di questo. Infatti non tardarono le concessioni che facevano del vescovo un *missus imperialis* — *noster et regius missus tamquam si nostri comitis palatii adesset praesentia* (1), quindi autorizzato a sentenziare come se nel tribunale sedesse l'imperatore o suo messo (2). Alcune di queste concessioni furono largite quando l'imperatore non aveva in Italia più autorità e la giustizia dei Comuni liberi dominava incontrastata.

Una volta nominato messo imperiale, la competenza del vescovo era completa: tutte le cause potevano essere da lui decise col duello o senza, nessuna controversia gli poteva essere sottratta: anche le cause dei forestieri dovevano essere portate al suo tribunale (3), avendo il banno civile e criminale, il *bannum generale* su tutti. Questo fu il punto culminante che raggiunse il potere episcopale nelle città italiane e con esso l'esercizio della giustizia.

4. I funzionari del vescovo erano l'*advocatus*, il *vicecomes*, il *iudex* e il *rector*. L'*advocatus* aveva già importanza al tempo dell'immunità: rappresentava la chiesa e il vescovo davanti ai tribunali, difendeva i loro interessi, ne amministrava i beni, esercitava la disciplina sopra i dipendenti, li conduceva al placito del conte, eseguiva i pignoramenti e le altre ordinanze pronunciate dal conte sopra i residenti nell'immunità. Erano scelti di accordo col conte, con requisiti di moralità e di onestà. Da principio non fu che l'amministratore del patrimonio del santo: poi crebbe a gradi di importanza e quando l'immunità escluse il conte dal territorio vietandogli l'ingresso, l'avvocato divenne l'intermediario, il punto di unione tra i residenti e il conte. Fu così il pernio su cui si mosse l'ordinamento immunitario. Quindi allorchè furono i vescovi investiti di poteri giurisdizionali, egli ebbe delegate le funzioni di giudice e invece di rappresentare i dipen-

(1) an. 975: VIGNATI, 27; *Cod. dipl. Langob.*, 1291; FICKER, IV, 24.

(2) TIRABOSCHI, *Modena*, IV, 80; FICKER, IV, n. 44; MURATORI, I, 731; *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 553.

(3) an. 896: CAMPI, I, 476.

Digitized by Google

denti davanti al placito pubblico, tenne tribunale sui dipendenti stessi.

Al sec. XI l'avvocato doveva ancora essere nominato di accordo col conte, ma laddove il vescovo riuniva nelle sue mani i poteri comitali, procedeva da solo alla nomina. Intanto essendo la carica di avvocato di chiesa vantaggiosa, vedonsi imperatori ricompensare vassalli loro nominandoli avvocati di abbazie e vescovati, investendoli così della *potestas placitandi* e attribuendo loro la terza parte dei prodotti *de omni generali placito*. E l'avvocato eletto dall'imperatore o da un *missus imper.* poteva delegare le sue funzioni, senza che il vescovo si potesse opporre, subinfeudando così una carica che dava ricchezze e potenza.

Gli *avvocati* erano scelti fra i *boni homines*, l'aristocrazia delle città italiane, dalla quale uscivano i *milites*, i *capitanei* e quel ceto che ebbe tanta parte nello sviluppo originario del Comune italiano. Cominciarono ad essere ufficiali del vescovo ma finirono per esserne i padroni, i protettori: la carica di libera scelta e revocabile ad arbitrio del vescovo divenne ereditaria come un feudo — *feudum advogariae* — ossia l'ufficio di amministrare i beni e di tenere tribunale con tutti i vantaggi inerenti — fra cui era incluso quello di *regere ecclesiam* in tempo di vacanza (1). Gli investiti di questo *feudum cum vexillo*, malgrado tutti i giuramenti di fedeltà cercarono di affermare la loro indipendenza da quella autorità da cui rilevavano (2). Invero l'avvocato era il vero signore, essendo in possesso del potere effettivo, dei tributi, del diritto di esigere prestazioni, e sopra tutto del banno civile e criminale, di tutti gli *honores*, della bassa e alta giustizia (3). Capo delle milizie, egli comandava da despota e resisteva al vescovo stesso se questi pretendeva l'osservanza dei patti (4), che non an-

(1) an. 1133: MORIONDI, *Doc. aquensia*, n. 38.

(2) Avvocati di chiese furono gli Ezzelini, gli Estensi, ecc., che finirono per imporre la loro volontà, e per essere i tiranni delle popolazioni che dovevano amministrare a nome del vescovo. Le prepotenze degli avvocati suscitavano lamentele, di cui è menzione nei doc. di Aquileia. Nel 1235 il vescovo di Treviso riscattò da Ezzelino l'avvogaria di cui questi faceva sì malo uso; v. CALOGERÀ, *Nuova raccolta di opuscoli*, XXXIV, I, pag. 88.

(3) an. 1161: MURATORI, IV, 195; LUPI, *Cod. diplom. bergom.*, II, 1214; VERCI, *Marca trivig.*, I, n. 59 e 60; an. 1177: MITTARELLI e COSTADONI, IV, pag. 67, 417.

(4) VERCI, I, n. 59 e 60.

Digitized by Google

gariasse i dipendenti, che versasse una parte dei proventi del placito ecc. (1).

L'avvocato doveva essere uno solo, ma poi coll'estendersi dei territori immuni e colla cessione delle città e dei contadi se ne nominarono altri, parimenti investiti del *bannum iustitiae* sui territori a ciascuno assegnati. Ma poichè le competenze non erano ben definite, continue erano le contestazioni *pretextu advogariae*, volendo anche i minori esercitare il *ius sanguinis* che competeva all'avvocato maggiore e intromettersi nei giudizi *de criminalibus causis, furtis, fustigationibus vel consimilibus quaè ad judicium sanguinis spectant* (2).

Il *vicedominus* è pure carica nelle città vescovili come nelle signorie patrimoniali, e a quest'ufficio sono chiamati i vassalli della chiesa, carica che venne infeudata. Dei diritti di esso è chiara menzione in questa concessione fatta dal vescovo di Mantova nel 1068: *do vesdomenhago cum toto honore et sua iurisdictione et do eis parabolam et licentiam ire per episcopatum et per curias meas et per totum meum districtum citra Padum et ultra albergando et platezando et bondezando et cognoscendo et definiendo discordias et lites et offensiones quas mei homines fecerint inter se et faciendo emendas offensionis... dando penam secundum quamquam offensionem et omnia quecumque dixeritis et faceritis, scilicet hoc ratum habeo et habebo vobis et vestris generationibus* (3). Il *vicedominatus* divenne quindi un feudo a cui corrispondevano le multe riscosse nell'amministrazione della giustizia.

E col vicedomino va nominato il viceconte ufficiale nelle terre e vici del vescovado, il quale restò anche quando il vescovo aveva perduto la signoria e giurisdizione nella città (4).

5. I vescovi avevano costituito nelle loro signorie patrimoniali, come nei comitati e città loro infeudate, funzionari di diversi ordini: da quelli incaricati di vegliare alla gestione economica a quelli preposti a funzioni più elevate. Essi erano anche capi di

---

(1) an. 1202: DE RUBEIS, *Mon. eccl. aquil.*, pag. 649.

(2) Id. pag. 698, 699.

(3) ARCO, *Nuovi studi intorno all'economia politica di Mantova*, 1846, pag. 453.

(4) Così nei territori del vescovado di Ravenna, an. 1270, 1274, 1322; v. FANTUZZI, IV, 202; AMADESI, *Chronotaxis antist. ravenn.*, III, 227, 246, 253.

Digitized by Google

milizie come giudici, ed ecco la delega delle loro funzioni ai *iudices civitatis*, che dall'epoca franca arrivano fino al periodo comunale, ai *vicarii*, ai gastaldi, agli assessori, ai capitani — e sono le cariche maggiori — a cui seguono gli esecutori della giustizia, i villici, scarioni (1), custodi, ministeriali e poi anche consoli. Alle loro cariche andava spesso riunita la concessione di un feudo che serviva di rimunerazione; e allora l'ufficio era feudale e soggetto alle consuetudini feudali. L'investito teneva l'ufficio per tutta la vita, e se il feudo era ereditario, lo trasmetteva ai discendenti, perdendolo per causa di fellonia o se danneggiava gli interessi della chiesa (2). L'avvocato poi aveva le spoglie del vescovo defunto, il cavallo su cui entrava in città il vescovo nuovo (3), la tassa dei duelli insieme colle armi e col cavallo del soccombente (4), la metà o il terzo di tutti i proventi giudiziari, multe (5) ecc., anzi di tutte le rendite, dazi, pedaggi, ecc.

Avendo il vescovo la sua residenza fissa nella città, anche l'amministrazione della giustizia assunse un aspetto più ordinato: riunioni regolari, in termini stabiliti, rispetto delle formalità, partecipazione al giudizio di *causidici* e *iurisperiti*. Il suo tribunale detto *iudicium* (6), *placitum* (7), *colloquium* (8), secondo l'usanza del tempo, è tenuto in luogo aperto, sotto loggie: *in laubia, in caminata maiore episcopi* (9), *in broleto iuxta domum episcopatus* (10), *in Curte episcopii o in piana* (11). Ma si trovano riunioni giudiziarie tenute *in claustro, in palatio* (12).

Chi le presiedeva teneva in mano una verga di legno (13): pre-

(1) Così nel Trentino, v. *Codex Wangianus*, 72, 112, 205.

(2) Id., n. 169, an. 1234; LAMI, *Mon. eccles. florentin.*, 877, 882.

(3) MURATORI, V, 299; UGHELLI, V, 369, 1028.

(4) Id., LUPI, II, 214.

(5) DONDI DALL'OROLOGIO, VIII, 6; RUBEIS, pag. 572; VERCI, II, n. 301, 307.

(6) FRIDERICI, *Hist. rerum Pomposian.*, 1781, I, n. 71; ZACCARIA, 227; DONDI DALL'OROLOGIO, *Dissertaz. sopra la storia eccles. di Padova*, V, 18; LUPI, II, 774; FICKER, IV, 302.

(7) MURATORI, II, 238; FANTUZZI, IV, n. 21.

(8) VERCI, IV, 403.

(9) VIGNATI, pag. 60 e 62.

(10) Id., 113; SALICE, *Annali tortonesi*, 499.

(11) ROBOLINI, *Storia di Pavia*, III, 68.

(12) BOSELLI, *Storie piacentine*, I, 307; FICKER, IV, n. 185.

(13) GIULINI, V, 545; *Codex wangianus*, n. 5, 10, 14, 21; MURATORI, V, 1027.

Digitized by Google

siedeva e sentenziava, ma il giudizio era riservato agli *adstantes*, agli uomini *bonae opinionis et famae, homines prudentes*, essendosi mantenuta la divisione delle funzioni giudiziarie fra quelli che sentenziano e quelli che giudicano. Gli *adstantes* (1) furono dopo il mille spesso assistiti da un *iudex*, detto anche *causidicus* o *scolasticus* o *iurisperitus* o *iuris doctor* (2). Figura anche nel tribunale del vescovo il *iudex civitatis* (3), che così resta provato non essere mai venuto meno nelle città italiane dall' epoca longobarda in poi; nello stesso modo che gli *adstantes* provano la parte che i cittadini prendevano all'amministrazione della giustizia in modo particolare. Questa partecipazione dei *boni homines* favorì la formazione di una classe influente che non tardò a porsi in opposizione al vescovo e che approfittando di ogni occasione gli strappò parte delle sue prerogative o lo indusse a cedere l'esercizio delle regalie, finendo per assorbirle tutte e sostituirsi a lui nel governo della città costituendo il Comune. Ma siccome questo Comune nel suo primo apparire non volle sempre e ovunque significare separazione dall'autorità vescovile, distruzione di essa e sostituzione del governo popolare, e siccome lenta e insensibile fu l'evoluzione, spesso anche non avvertita, così vediamo il posto di onore essere nei placiti riservati al vescovo che presiedeva i placiti, circondato dagli *adstantes*, esercitando così un'ombra di autorità, la quale in sostanza era passata al popolo. Un simulacro della potestà episcopale restò in piedi per parecchio tempo, mantenuto dai cittadini per legittimare o coprire il nuovo stato di cose, come se esso, il popolo, amministrasse la giustizia in nome del vescovo che ne era sempre il legittimo possessore in conformità dei diplomi imperiali: donde le investiture che egli faceva del consolato a consoli, la giurisdizione che aveva sui mercati ed altri onori a lui riconosciuti (4).

---

(1) MORIONDI, *Mon. aquensia*, n. 310; GIULINI, V, 596; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 99; RUBEIS, *Mon. aquileiens.*, pag. 952, an. 1390; GLORIA, *Cod. diplom. padovano*, II, n. 1421, an. 1181; MITTARELLI e COSTADONI, IV, 182; VIGNATI, pag. 154.

(2) RUBEIS cit.; an. 1029: FRIDERICI, *Rerum pomposian.*, I, n. 71; FATTESCHI, *Mem. dei duchi di Spoleto*, pag. 314; GIULINI, III, 772; *Codex wangianus*, n. 10, 14, 21.

(3) A Forlì; MURATORI, II, 228.

(4) Cfr. FICKER, IV, n. 85, 185; GIULINI, III, 64; VII, 82; VIGNATI, 113; SALICE, *Annali tortonesi*; ROBOLINI, III, 68; ROVELLI, *Storia di Como*, II, 344; LUPI, *Cod. dipl. di Lodi*, II, 770.

Digitized by Google

6. La competenza del tribunale episcopale dipendeva dalla qualità dei poteri trasmessi. Laddove il vescovo era conte e signore della città e aveva ottenuto la nomina di *missus imper.*, di *comes s. palatii*, in tal caso la competenza non aveva limiti: egli possedeva la piena giurisdizione civile e criminale; a lui dovevano essere deferiti tutti gli atti di giurisdizione volontaria, nomina dei tutori, questioni di testamenti. Il suo placito è eguale al *mallus legitimus: nihil de his quae comites sive aliquis mortalium de placitis habere debuere, excipientes* (1). Questo vescovo-conte rappresenta il principio e la fine della giustizia: oltre e sopra lui nulla havvi, giacchè egli definisce le cause *uti in publica audientia* (2) — *ad vicem regiae potestatis* (3) — *veluti ante nos vel nostri missi praesentiam* (4) — *tamquam si nostri comitis palatii adesset praesentia* (5).

Parimenti per l'appello: qualche volta i diplomi avevano concesso che le sentenze fossero inappellabili (6): altre volte che fosse riservato l'appello al tribunale imperiale (7). Però ogni limitazione al potere giudiziale in queste signorie sì laiche che ecclesiastiche doveva essere più nominale che reale, e ciò per l'irregolarità dei placiti imperiali e per gli ostacoli che i signori dovevano frapporre. Laddove i vescovi erano *missi imperat.*, allora il loro tribunale avendo i caratteri di quello proprio del conte palatino, l'appello era impedito: e quindi mancava qualsiasi vigilanza da parte dell'imperatore sull'amministrazione della giustizia.

7. In quanto alla costituzione del tribunale, oltre il diffondersi del sistema del giudice unico, un'altra innovazione si nota a cominciare dal secolo XI, in Romagna prima e in seguito nelle

---

(1) an. 1176: una vedova presenta al vescovo un testamento e ne chiede da lui la validità. *Episcopus pro tribunali et comite sedente qui hanc auctoritatem d. imperatoris praebuit, et hoc istrumentum fieri jussit*, ecc.; TIRABOSCHI, *Modena*, III, 68.

(2) VIGNATI, p. 28 e 76.

(3) *Mem. e docum. di Lucca*, V, p. III, pag. 402; IV, p. III, pag. 148.

(4) an. 1015: GIULINI, III, 122.

(5) an. 975: VIGNATI, 27; an. 1033: MURATORI, I, 595; an. 1177: MITTARELLI, IV, 77; an. 1004: AFFÒ, I, n. 91.

(6) an. 1189, al vesc. di Ceneda; STUMPF, n. 398. Altro diploma di Federico II al mon. di Sagittario, in HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. dipl. Friderici II*, II, 176, an. 1221.

(7) an. 1026: *Si aliqua gravis contentio orta fuerit, imperiali censemus praesentiae reservari, idest ad palatium*; VIGNATI, 28; FICKER, IV, n. 354.

Digitized by Google

altre parti d'Italia, cioè l'intervento nelle riunioni giudiziarie di una nuova classe di persone che si aggiunge ai soliti partecipanti, ai giudici, agli *adstantes* e ai notai, e sono i *legis doctores*, *legis periti*, *iuris prudentes*, *legis doctores*, *legislatores*, *causidici*, *grammatici* e in Romagna col nome di *scholastici*, i quali siedono in tribunale accanto al *iudex*, sia questi un *iudex domini regis* o *sacri palatii* oppure un *iudex civitatis*.

Non è precisa la loro funzione: talora giudicano e sentenziano come investiti di autorità giurisdizionale, talora presentano le ragioni dell'attore o del convenuto, oppure redigono il giudicato come notai; ma altre volte sono i consiglieri di chi presiede al placito e da questo sono interrogati sul diritto da applicarsi. In tal caso si fa tesoro della dottrina speciale in cui sono versati, e l'intervento loro alla decisione della controversia risponde alle nuove correnti di cultura giuridica che promanano dalle scuole di grammatica ove lo studio del diritto romano si insinua e prende ogni giorno una posizione sempre più notevole. I giudici non vogliono trascurare il parere di queste persone dotte o curiose delle leggi romane, che poi copriranno le cariche di giudici, di avvocati delle chiese e poi di consoli del Comune.

Abbiamo ricordato le scuole di grammatica e la loro connessione coi primi rudimenti dello studio del diritto romano (1). Infatti due documenti di Verona del 1073 e 1079 menzionano un certo, detto *grammaticus et iurisprudens* (2), *grammaticus et legis doctus* (3). In seguito questi *legis docti* e *iuris periti* assumeranno il nome di *causidici* (4). La loro presenza è notata specialmente nei placiti tenuti nei territori della contessa Matilde (5): ma poi si trovano in altre parti d'Italia (6) ed accompagnano così la rinascenza degli studi giuridici, onde si infervorano gli ingegni italiani desiderosi di nuovo alimento. La loro importanza cresce sempre più, e sempre più numerosi intervengono ai placiti, e

(1) SALVIOLI, *L'istruzione pubblica in Italia prima del mille*, 1ª ed. 1878: 2ª ed. Firenze, Sansoni, 1912.

(2) MURATORI, I, 401.

(3) GLORIA, *Codice diplom. padovano*, I, n. 256, 295, 334; CHECCHINI, *I consiliarii nella storia della procedura*, negli *Atti dell'Istituto veneto*, LXVIII, 1908.

(4) GLORIA, I, n. 130; FICKER, n. 105.

(5) Vedi i doc. nelle raccolte di RENA, CAMICI.

(6) LUPI, *Cod. dipl. bergam.*, II, 735, 771.

Digitized by Google

ormai essi sono chiamati alle magistrature come giudici (1), e se questi non sono esperti nel diritto, come *consiliarii*. Nè basta un *causidicus*, perchè in alcuni placiti essi giungono fino a sei (2) e mentre il giudice esercita le sue funzioni direttive e di sentenziante, essi o difendono le parti (3) o illuminano il giudice sul diritto da applicare e così meritano il titolo di *sapientes* (4). Chi presiedeva prima di pronunciare la sentenza non chiedeva il *consilium* dei *boni homines*, come si usava nei secoli precedenti, ma di *quorundam sapientum* (5). Così l'istituto dei *consiliarii* e dei *consilia sapientum* si estende dal sec. XII in poi dal tribunale imperiale a quello dei suoi messi, alle corti dei pari, ai tribunali delle città: e d'allora la scienza giuridica rivendica la sua parte nel risolvere le controversie, applicando i principii insegnati nelle scuole.

(1) TIRABOSCHI, *Mem. moden.*, III, n. 312; SAVIOLI, I, 2, n. 172.
(2) an. 1099: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 1808.
(3) an. 1094: FICKER, n. 90.
(4) an. 1134: id. n. 105; MURATORI, IV, 477.
(5) an. 1176: GLORIA, II, n. 1215.

Digitized by Google

CAPO IX.

La giurisdizione feudale

DEL GIUDICE, *Feudo* (in Digesto italiano); CALISSE, id. id.; CICCAGLIONE, *Feudo* (in Enciclopedia giuridica); BESTA, *Sardegna feudale*, 1900; SOLMI, *Istituz. polit. d. Sardegna*, 1917; GREGORIO, *Considerazioni sulla storia di Sicilia*. 1816; SALVIOLI, *Storia dell'immunità, delle signorie e giustizia delle Chiese in Italia*, cit., pag. 287-325; BEAUDOUIN, *La recommandation et la justice seigneuriale*, 1889; TRAVERSA, *Friaulische Lehengerichtsbarkeit bis zur Unterdrückung des Patriarchates von Aquileia*, 1916.

1. Generalmente si videro nel medio evo i signori feudali investiti della *iurisdictio*, del *merum et mixtum imperium*, dell'alta e bassa giustizia: essi ne davano il segno visibile innalzando le forche all'ingresso delle loro signorie. I minori avevan limitata competenza. All'origine del feudo però la giustizia non era concessa agli investiti di benefizio, e se il *senior* era *iudex*, lo era come un qualunque delegato del re. Fu solo coll'ereditarietà dei feudi che i proventi del banno giudiziario furono trasferiti di frequente come una ulteriore concessione assieme all'investitura, e nell'anarchia feudale ogni potente volle essere il signore nel proprio territorio. Con che non si negò che fonte della giustizia fosse l'imperatore, del quale ogni feudatario si sentì il delegato, tanto che più tardi la dottrina formulò la massima: « feudo e giustizia nulla hanno di comune »: il che doveva significare che solo la giurisdizione potesse esercitarsi in virtù di concessione, non mai come spettanza per diritto feudale.

Diritto però di quelli che avevan feudo era di essere giudicati

Digitized by Google

dai loro pari di grado, nelle cause feudali, donde la norma che « nessuno potesse essere spogliato del feudo *nisi secundum iudicium parium suorum* » e che in caso di contesa fra seniore e milite vi fosse ricorso assieme ai pari al tribunale imperiale. Il giudizio così iniziato fra i pari finiva davanti all'imperatore e solo dopo la sentenza di lui si incorreva nella perdita del feudo: questo però solo in riguardo ai grandi vassalli, *de minoribus aut ante seniores aut ante missum nostrum* (cioè in appello) *causa finiatur*. Tale giurisdizione del *senior* e dei pari limitavasi alle cause inerenti al rapporto feudale, non alle altre e tanto meno alle penali (1): e ne erano escluse anche quelle di feudo fra signori e terzi vassalli. Era quindi competente in materia di successione (2), di diritti spettanti al vassallo (3), di usurpazioni commesse a danno del signore intorno a regalie (4), a terre (5), insomma in tutte quelle cause attinenti al rapporto di fedeltà (6), alla condizione dei vassalli e ai loro obblighi (7).

2. Nei *Libri feud.* contengonsi altre norme sulla competenza della Curia dei pari (I, 10, 18, 23; II, 16), che per es. risolvevano le controversie sulle investiture: se il vassallo è in possesso del feudo, basterà a difendersi che giuri: se non lo è, dovrà provare per mezzo di testi suoi pari e dipendenti dallo stesso signore, che l'investitura fu data. Questi pari erano eletti dal signore e dai vassalli, e se non vi era accordo, il signore ne sceglieva alcuni e altri i vassalli. Era anche regolato il procedimento: il vassallo che chiamava il signore in giudizio doveva impetrare la *venia* quasi a scusa del suo ardire; le citazioni erano ripetute per tre volte nello spazio di 7 o 10 giorni (lib. II, T. XXII e XXI), e a differenza che nel giudizio civile le parti erano esentate dal pre-

(1) MANDELLI, II, 57; *Codex dipl. Langob.*, n. 1352; così anche a Cassino i vassalli *iuxta qualitatem delicti* erano giudicati al tribunale comune; GATTULA, pag. 472, an. 1341, e pag. 526, an. 1423.

(2) GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, II, n. 937, 826, 946; VERCI, II, n. 85; TIRABOSCHI, III, 46; GIULINI, VII, 84.

(3) an. 1063: CAMPI, *Storia di Piacenza*, I, 518.

(4) ROBOLINI, *Mem. di Pavia*, III, 144, an. 1163. I vassalli del vescovo di Tortona accusati di furto, spergiuri e adulteri sono giudicati dalla curia feudale.

(5) TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 357, an. 1184.

(6) an. 1220: *Codex wangianus*, n. 144; GLORIA, II, n. 932.

(7) an. 1169: si esamina se alcuni uomini sono liberi; GLORIA, II, n. 946.

Digitized by Google

stare l'*iusiurandum de calumnia* (giurare cioè di avere intentata l'azione e di volerle resistere nella piena persuasione del proprio buon diritto e non allo scopo di iattanza) perchè nel giudizio feudale il vassallo non poteva esigere tale giuramento dal *domino*, per la *riverentia* dovuta, come il *domino* non poteva esigerlo dal vassallo perchè si temeva, data la fedeltà e l'omaggio giurato nel patto d'investitura, che quest'ultimo non potesse essere sereno nel pronunziarlo (lib. II, T. XXXIII). La sentenza feudale veniva eseguita da chi l'aveva emanata, cioè nei diversi casi dal sovrano, dai pari o dal signore. L'appello al tribunale imperiale decideva se i pari avevano violato la legge feudale, e pei minori vassalli se il *senior* aveva falsato i fatti o negata giustizia. Tali regole furono sancite dalla Costit. *de feudis* del 1037, confermata a Roncaglia nel 1158, e durarono in vigore finchè visse il regime feudale.

L'ordinamento della Curia dei pari è chiarito da questi documenti: an. 1260: *In plena curia vassallorum congregata ad vocem viatorum monasterii, Abbas proposuit quod ius et consuetudo erat quod per dominum et curias vassallorum eligebantur pares Curiae qui cognoscebant de causis, questionibus super feudis inter vassallos, et quod secundum ratio et consuetudo per Abatem et Curiam eligantur boni et discreti viri duo vel tres aut quattuor seu plures qui sint pares Curiae et cognoscant super causis emergentibus super feudis inter Abbatem et vassallos* (1); an. 1242: *Nos vassalli pares et iudices generales Curiae vassallorum ven. Episcopi* (di Ceneda) *et comitis ipsius episcopatus in generali Curia tam a episcopo et Comite quam a vassallis et Curia episcopi et episcopatus in concordia electi et deputati ad cognoscendum, definiendum de universis et singulis questionibus que essent et verti possent inter episcopum et Comitem ex una parte et vassallos seu aliquam de vassallis et heredes ex altera* (2). Da essi risulta che i vassalli erano citati per mezzo di bando alla curia del signore, che questi proponeva le cause da trattarsi, che egli e i vassalli delegavano i loro poteri a pari. La funzione di questi era identica a quella degli *adstantes, viri prudentes et bonae famae* del procedimento longobardo-franco (3):

(1) GATTULA, pag. 422.

(2) VERCI, I, n. 66.

(3) GIULINI, III, pag. 77; GLORIA, II, n. 946; an. 1184: TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 357.

Digitized by Google

cioè non sentenziavano, ma pronunciavano il *consilium* o *iudicium* (1): udito il quale il signore pronunciava il suo lodo, *laudamentum* (2). Laddove i vassalli erano numerosi, allora eleggevano quattro o più *deputati ad cognoscendum et definiendum de universis et singulis questionibus* (3): i quali stavano in carica per più tempo: o anche li sceglievano volta per volta (4). Non è possibile stabilire chi fossero gli eletti (5): ma per legge dovevano essere della stessa condizione e grado di coloro che dovevano essere giudicati (6).

Al parere di questi *curiales* o *pares curiae* o *pares casae et curtis* (7), o *fideles* (8), *vassalli* o *valvassores*, non era assolutamente tenuto di attenersi il signore: ma poteva modificare o annullare il *laudamentum parium curiae* (9), mentre la sentenza da lui pronunciata era legge per le parti e pei dipendenti e faceva testo nelle controversie successive consimili (10). Anche sopra i vassalli il signore era sempre *iudex ordinarius* (11), autorizzato ad esercitare i suoi poteri in tutta la latitudine; ed è per questo che sebbene nella pratica la Curia feudale debba essere stata la regola, non mancarono i casi in cui ad essa non ricorse il signore e preferì o procedere da solo o col suo giudice contro vassalli (12) o costituire una curia di suoi ufficiali (13) o chiamare altri o uomini prudenti (14), sebbene le cause fossero feudali e il tribunale legittimo fosse la curia dei pari e degli eletti da questi.

Pari ed eletti giuravano di *cognoscere et laudare* rettamente, *secundum usum feudi* (15). Come è detto nella legge dei feudi, il

(1) *Codex wangianus*, n. 65; GIULINI, VII, 84, an. 1119; DONDI DELL'OROLOGIO, *Dissertaz. sopra la storia di Padova*, IV, 92.

(2) *Codex wangianus*, n. 65.

(3) an. 1242: VERCI, II, n. 85; III, n. 280.

(4) an. 1168: TIRABOSCHI, *Modena*, II, 16; GIULINI, IV, 430, 442, 661.

(5) *Codex wangianus*, n. 65; VERCI, IV, 336, an. 1291.

(6) *Sententia Henrici*, in PERTZ, *Leges*, II, 249.

(7) an. 1147: VIGNATI, *Cod. dipl. laudense*, 154.

(8) TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 357.

(9) *Codex wangianus*, n. 65; Stat. di Vercelli, 1241, c. 180; Stat. di Parma, an. 1255.

(10) *Codex wangianus*, n. 10, 21, 39, 82, 96, 210.

(11) BIANCOLINI, V, 2, 115.

(12) an. 1163: *vice et consensu curiae canonicorum*; GLORIA, II, n. 826.

(13) FICKER, IV, n. 183.

(14) GIULINI, VII, 84; GATTULA, pag. 379.

(15) *Codex wangianus*, n. 65; FICKER, IV, n. 116.

Digitized by Google

vassallo maggiore poteva appellare all'imperatore (1): e il giudizio si svolgeva davanti al tribunale palatino o al messo imperiale (2) assistito da pari del grado del giudicabile e scelti da messo imperiale (3). Sorto il Comune, si videro vassalli appellarsi ai Consoli e offrire ai Comuni i loro beni e le loro persone per difenderli dalla prepotenza signorile.

2. La giustizia sui residenti nel territorio feudale fu concessa assieme alle altre regalie e divenne così diritto ereditario: riuscirono con tale espediente i sovrani ad assicurare un'amministrazione giudiziaria stabile e continua, laddove non era possibile ottenere una burocrazia alla quale non era in grado di provvedere la misera finanza del tempo basata in gran parte su prestazioni in natura. La concessione della giurisdizione fu una necessità, e avvenne nello stesso modo con cui i vescovi furono investiti della giurisdizione: anche ai grandi signori laici furono trasferiti i *comitatus cum districtu et omni honore, cum banno, placitis et districtionibus* (4), e dalla fine del sec. IX e anche al sec. XIV si trovano investiture così larghe, specialmente quando gli imperatori scendevano in Italia (5).

Apprendiamo i poteri giurisdizionali che avevano questi signori dai documenti delle concessioni (6) o da quelli che essi stipulavano coi Comuni quando furono costretti a rinunziare ai cittadini i loro diritti. Nel 1148 un marchese facendo agli uomini

---

(1) CALOGERÀ, *Nuova raccolta di opuscoli*, XXXIV, 35; FICKER IV, n. 177.

(2) ROBOLINI, III, 144.

(3) VERCI, I, n. 59 e 60.

(4) an. 884, a Seprio: FUMAGALLI, n. 57; an. 892: MURATORI, I, 287. 574; II, 469; LUPI, II, 146.

(5) Federico I an. 1164, al Marchese di Monferrato; MORIONDI, n. 49-50; an. 1320: concessione ai signori di Camino del *merum et mixtum imperium*; VERCI, IX, n. 942; an. 1531: Contea di Monza infeudata dai Visconti *cum mero et mixto, omnimodo iurisdictione gladii potestate tam in civilibus quam in criminalibus*; FRISI, *Monza*, II, n. 259; an. 1537: conferma di Carlo V; id., n. 260; an. 1431: investitura ai Gonzaga del Doge di Venezia; AFFÒ, *Monete di Sabbioneta*, in ZANETTI, III, 116; altra ai Gonzaga del 1466, id., III, 118; altra da Massimiliano imp., an. 1497, e di Giuseppe II, 1708, id., III, 126, 178, 193, 222, 351, sempre *cum mero et mixto*. Concessioni simili ai marchesi di Savoia in MORIONDI, II, 460, 556, 691, 622.

(6) an. 1116, concessione dell'imper. Enrico a un marchese: *omnis Arimanni che abitano nella corte ad eorum placitum conveniant et ita per legem et pugnam omne placitum definiant*; MORIONDI, n. 33.

Digitized by Google

de Gasingo cessione *de omni bono usu*, riserva a sè *quattuor placita scilicet scooxatorem* (saccheggio), *latronem, traditorem et homicidium* e i complici e favoreggiatori. *Alia omnia placita de quibus reclamatio venerit ante vicinos debent esse ad emendandum in potestate vicinorum* (1). Nel 1188 il marchese di Monferrato cede al Comune di Alessandria vari diritti ma si riserva *quinque placita comitilia* (2). Nel 1192 i signori di Belmonte rinunziano a un loro feudo *cum honore et iurisdictione* (3), e altri si riservano *medietatem iurisdictionem rerum vassallorum* (4): e anche al 1386 il marchese di Monferrato pretendeva avere in Acqui *bannum homicidii, robariae, incendii, furtorum, proditionis, falsi, periuriorum et ferutarum* (5). Anche nell'epoca comunale le cause *de feudis* restarono *de iure sub dominis vassallorum aut sub paribus curiae* (6).

Concessioni di giurisdizione feudale non furono date solo dall'imperatore o dal papa, ma in seguito anche dai Comuni (7), i quali riconobbero in alcuni casi a feudatari potenti la signoria nelle loro terre ed anche cedevan loro la facoltà di *facere rationem* a cittadini del Comune che trovansi nelle terre feudali, a condizione che fossero applicate leggi e procedura municipale, mentre sui dipendenti del feudo il signore poteva applicare le sue leggi e procedure (8).

3. In questi tribunali presiedeva *in sedibus* il signore circondato dai suoi fedeli: e quando era assente, il suo posto era tenuto da un ufficiale, *capitaneus, gastaldus*, ecc. Accanto a lui siedevano *iudices* e *causidici* (9); anche queste riunioni erano tenute *in brolio, in platea* o *in palatio* (10), ove dalla sentenza si passava subito al-

(1) MORIONDI, n. 47.
(2) Id., n. 58.
(3) Id., n. 83.
(4) Id., n. 101.
(5) Id., n. 357.
(6) MANDELLI, II, 57.
(7) Il Comune di Padova, an. 1260, concede al marchese di Este terre e *omnem jurisdictionem potestatis tam in civilibus quam in criminalibus causis tam in cognoscendo quam in puniendo*; MURATORI, *Antichità estensi*, II, 14.
(8) Id.
(9) Così nei placiti della Contessa Matilde; v. CAMICI e RENA; VERCI, II, n. 158.
(10) an. 1267, 1279: VERCI, II, n. 168; III, n. 236.

Digitized by Google

l'applicazione della condanna [1]. La giurisdizione esercitata era l'alta, cioè la civile e la criminale, il *merum et mixtum imperium* — oppure la bassa cioè per le cause minori — ma anche ad alcuni fu data la competenza negli appelli [2].

La giurisdizione criminale è così indicata: *iurisdictio sanguinis* [3] — *ius* o *bannum sanguinis* [4] — *potestas decidendi per iudices suos causas criminales* [5] — *districta et placita de omnibus offensionibus* [6] — *merum et mixtum imperium ac omnimoda iurisdictio* [7] — *bannum maleficiorum* [8] — *feudum ad puniendum tantum de causis criminalibus quae ad puniendum personas hominum spectant* [9], ecc.: espressioni chiare nelle quali si riconoscono evidentemente i poteri giudiziari criminali e la facoltà di esaminare e definire anche quelle cause *ubi de morte aut de mutilatione membrorum agitur*.

4. La stessa facoltà è anche indicata nella caratteristica frase allusiva all'ammenda pagata e alla parte di *fredum* che toccava al signore: *denarium cruentum, denarium sanguinolentum* [10], e in queste: *districtus totius lamentationis cum banno* [11] — *forum cum, iudicio videlicet causarum civilium quam criminalium seu sanguinis* [12]. Sul carattere di questa concessione non può cadere dubbio: dubbio è possibile laddove la concessione parla solo genericamente di *bannum, districtus, placitum, distringere, costringere, adstringere, iudicare*; ma anche queste espressioni hanno avuto le loro vicende, e hanno cambiato significato nel corso dei secoli. *Districtus* nel suo primitivo significato indicava il diritto da parte dell'autorità pubblica di tradurre gli accusati al placito e di giudicarli: poi nelle concessioni di immunità del secolo IX acquistò

---

(1) an. 1267: *dominus fecit appiccare et eripere oculos hominibus terre per preconem in brolio iudicando et sententiam mandando*, e questi uomini eran *fituitali, vassalli*, ecc.; VERCI, II, n. 168, pag. 111-114.

(2) Galvaneus Flamma, c. 219; MURATORI, *RIS*, XI, 651.

(3) Ricardo da S. Germano cit. da GATTULA, o. c.

(4) RAYNALDUS, *Ann. eccles.* ad an. 1239, n. 8.

(5) MORIONDI, I, n. 21.

(6) Id., II, pag. 501, 504, an. 1405.

(7) *Codex wangianus*, n. 39.

(8) Id. n. 114.

(9) Id., n. 39.

(10) an. 1202: RUBEIS, *Mon. eccles. aquil.*, 650.

(11) an. 1130: GIULINI, III, pag. 197 e segg.; VII, pag. 93.

(12) GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, n. 961, an. 1277.

Digitized by Google

il significato di facoltà concessa all'immunista o al suo avvocato di rappresentare i citati davanti al placito. *Distringere* e *districtus* significavano l'esercizio della *disciplina* sui dipendenti da parte di signore, la giurisdizione civile per le piccole cause fra i residenti, e mai la criminale: ciò desumesi dalle formole più esplicite di concessioni dell'epoca posteriore, nelle quali è espressamente conferita la giurisdizione criminale, e dal docum. del sec. XII relativo alla signoria che il vescovo di Padova aveva in alcune sue terre, nelle quali poteva esercitare *omnis honor et districtus* ma non giudicare le cause *quae effusione sanguinis punienda sunt* (1), con che è chiaro che la sua *iurisdictio*, *honor*, *districtus* non importava che la giustizia civile, o i privilegi inerenti alla bassa giustizia (2).

Piccoli signori, valvassori, come anche monasteri minori che avevano ottenuto dagli imperatori il *districtus*, non potevano esercitare il *bannum sanguinis* e traducevano i colpevoli al tribunale pubblico: come altri che da secoli esercitavano la giustizia civile sui residenti, non ottennero che tardi, nel sec. XII, e nemmeno intera la giustizia criminale, essendo per lo più la concessione ristretta alle cause di furto (3). Pare quindi da potersi stabilire che la concessione del *districtus* senza altra aggiunta implicasse il solo esercizio della bassa giurisdizione.

Anche l'espressione *bannum* non aveva per sè un significato più esteso: con questa parola si indicava il dovere di mantenere l'ordine fra i dipendenti e i residenti, di esercitarvi la polizia, di catturare i rei, sequestrare i beni, eseguire le sentenze, ridurre all'obbedienza i contumaci e gli sprezzatori delle disposizioni regie, di obbligare i condannati a pagare le pene e le ammende: ed inoltre il diritto del signore di vietare in certi tempi l'uso delle selve e dei pascoli pubblici, di chiudere terre agli usi comuni, di esigere servizi militari, di armarsi e di seguire il signore in guerra quando il re lo chiamava. Quindi mentre *bannum regis* o *imperatoris* era frase di latissima comprensione, che riassumeva tutti i poteri di sovranità, la protezione della pace pubblica, la punizione dei rei colle gravissime multe, col banno e la pena di morte, la parola *bannum* senza altro aveva significato più ristretto.

---

(1) DONDI DALL'OROLOGIO, VI, 47; MURATORI, VI, 248; GLORIA, II, 74
(2) Cfr. doc. an. 1177 in GLORIA, II, 356.
(3) an. 1102: STUMPF, n. 240.

Digitized by Google

Inoltre quando si esaminano i diplomi che trasferirono ai vescovi i poteri di conte sul comitato e fu nello stesso tempo allargata la sfera di competenza dell'immunità, si nota che ad essi non furono assegnati tutti i poteri giurisdizionali, cioè non ebbero il *bannum* completo, il *merum et mixtum imperium*, ma furono eccettuati i crimini pei quali occorreva la prova del duello, cioè i reati di omicidio, ferite, furto, stupro, i quali appunto per la prova richiesta, erano di competenza del conte e a lui restavano. Ora anche i vescovi erano conti; e questa prova e questi reati furono a loro sottratti sia in omaggio al principio canonico *ecclesia non sit sanguinem* (e potevano farli esaminare dal loro avvocato), sia più perchè si volle fare una riserva per la giustizia che aveva veramente in quei tempi maggiore importanza e che più della civile occupava i placiti pubblici. Fu quando gli Ottoni trasferirono ai vescovi i poteri del *missus d. imp.* e del conte palatino che la prova del duello potè essere espletata davanti al tribunale episcopale (1), e che a lui fu delegata la facoltà di definire *legali sententia* anche le *cause criminali* (2). Ora non tutti i signori feudali ebbero i privilegi del conte palatino, pure avendo ottenuto il *districtus*: dunque *distringere* non implicava che la bassa giustizia e non comprendeva la competenza nelle cause criminali. Invece questa rappresentava un grado ulteriore di sviluppo del feudo, un progresso nell'acquisto dei poteri giurisdizionali, rappresentato dalle concessioni di *districta omnia civitatis... comitatus quae ad regis pertinent potestatem* (3) o semplicemente del *bannum imperiale* o *regis*, il quale naturalmente importava il *bannum sanguinis* (4). In queste città il potere civile e criminale del conte era interamente svanito. Così i vescovi ottennero la giurisdizione civile e criminale nelle città: non si può da ciò desumere che l'avessero nelle loro signorie feudali e patrimoniali, e tanto meno che tutti quelli che ottennero il *districtus* fossero anche giudici nelle cause criminali. Anzi è il contrario. I più si arrestarono alla competenza minore, a quella che era propria del centenario, secondo il diritto franco, cioè esaminavano solo le

(1) *Liber papiensis.*

(2) VIGNATI, pag. 76.

(3) *Mon. hist. patriae Chartar.*, 1690.

(4) Il vescovo di Cremona solo nel 1030 ottenne la giurisdizione criminale anche nei reati di omicidio e furto; MURATORI, VI, 54.

Digitized by Google

cause minori fra i dipendenti, le contravvenzioni e si limitavano alla *disciplina*, perchè le *causae maiores* restarono riservate al tribunale del conte, al *mallus legitimus*, al *placitum publicum*.

5. Alcuni signori si arrestarono a questi privilegi giurisdizionali, altri ottennero di più: e furono quelli investiti dei poteri dei conti palatini. I primi non ebbero che l'esame delle *causae leviores* e di quelle in cui l'accusato era preso sul fatto, giacchè queste non presentando difficoltà nè occorrendo prove di duello nè altro giudizio di Dio, erano incluse nelle *leviores* anche se dovesse applicarsi la pena di morte: e questa riserva in quei tempi apriva la porta per far passare buona parte dei reati come colti in flagranza e sottrarre così i colpevoli al tribunale del conte.

Altri ebbero i privilegi per innalzare anche le assisie criminali. I privilegi sono espliciti. A certe monache di Pavia Enrico II nel 1074 diede facoltà di far giudicare i servi e i liberi dipendenti dall'avvocato *pro aliquo minus facto*: il quale avvocato sentenziava e puniva *sicut ante nostram presentiam aut nostri comitis palatii vel missi nostri* (1). La contessa Matilde concesse a un monastero di donne *potestatem emendandi si aliquis offenderit de furto in ipso curte et castro*, ma vietò alla abbadessa di stendere le mani sopra i rei che erano fuori del territorio badiale (*de foris*): perchè il giudizio sopra essi era di competenza della contessa e dei suoi ufficiali (2). I vescovi di Lucca ottennero per concessioni imperiali la giurisdizione criminale sulle terre patrimoniali (3). Nel 1100 un monastero di Acqui fu investito dall'imperatore dei *districta et placita de omnibus offensionibus* (4). Il patriarca di Aquileia, che nel comitato aquileiense cui era a capo come *missus* e conte palatino e nel quale anche prima del 950 era in possesso *de omnibus placitis videlicet de omnibus culpis* (5), sugli altri feudi di cui era investito, solo tardi ricevette la potestà del banno criminale e pel ducato del Friuli l'ebbe solo nel 1193 da Enrico IV: *concedimus et sanguinolentum denarium, scilicet feritas, plagas, vulnera, homicidia, furta et omnia maleficia quae ad correptionem et bannum*

(1) MURATORI, V, 995.
(2) MURATORI, VI, 8, 71, 84.
(3) *Mem. e doc. per Lucca* (BERTINI), IV dissert. 2ª, pag. 119.
(4) MORIONDI, I, n. 29.
(5) STUMPF, n. 240.

Digitized by Google

principum spectare noscuntur (1). A certi consorti e loro eredi un diploma imperiale del 1116 dava il diritto di definire per duello tutte le cause (2).

Alle volte poi invece di una completa giurisdizione criminale ne fu concessa una parziale o ristretta alle cause minori, e l'imperatore riservò a sè e ai suoi messi il giudizio dei reati maggiori *trium criminum, furti, rapinae, nocturni incendii* (3): sistema che fu poi praticato nelle subinfeudazioni, nelle quali i signori concedevano ai vassalli la giurisdizione bassa riservandosi l'alta, cioè di giudicare i furti (4), gli omicidi (5), gli adulteri (6).

Laddove i signori ecclesiastici erano autorizzati a esercitare il *bannum sanguinis*, erano gli avvocati loro a presiedere le assise criminali. Il che portò a dare l'investitura feudale dell'avvogaria pel criminale a vassalli, e quindi si creò una nuova specie di feudo (7), il cui utile era rappresentato dalle ammende che l'investito riscuoteva dai condannati. E allora il signore per mantenere almeno il principio della sua autorità, poneva la condizione che la citazione fosse emessa in nome suo, che i delinquenti fossero condotti alla sua curia e che il feudatario giudicasse *cum consilio* del signore (8).

6. Il frazionamento delle signorie feudali in tanti piccoli feudi ebbe per conseguenza la divisione della giurisdizione, la quale seguiva chi era investito del feudo: e come questi erano divisi per successione, così della giustizia vi era il possessore per un terzo, un quarto e per frazioni anche più piccole. La giustizia era annessa alla investitura, e con questa si trasmetteva il *iudicium causarum civilium et criminalium seu sanguinis* (9): e finiva che non era più facile distinguere se la giustizia dipendeva dall'investitura

(1) STUMPF, n. 190.
(2) MORIONDI, I, n. 33.
(3) an. 1120: HOMAYER, *Kritische Beiträge zur Geschichte des Tirols*, 88.
(4) MORIONDI, I, n. 30.
(5) FICKER, IV, n. 159, 165.
(6) MORIONDI, II, p. 501; e an. 1403, p. 504.
(7) an. 1185: FICKER, IV, n. 129; VERCI, III, n. 307.
(8) Il vescovo di Lucca per poter esercitare direttamente il *bannum sanguinis* chiese il permesso al papa; e Innocenzo XI nel 1683 glielo mandò per 5 anni e concesse che potesse pronunciare sentenze che importassero *effusio sanguinis, membrorum mutilatio seu mors*; ma non le pronunciasse in persona; v. *Mem. e doc. per Lucca*, IV, diss. 2ª, pag. 128.
(9) an. 1277, in un feudo istituito dal vescovo di Padova: v. GLORIA.

Digitized by Google

feudale o aveva carattere patrimoniale (1). Ciò portò che vendite di terre si facevano *cum banno iustitiae et cognitione causarum civilium et criminalium et mixtorum, mero et mixto imperio et potestate gladii inter homines et per homines, primis et secundis causis et potestate componendi delicta poenasque commutandi de corporali in pecuniariis* (2). E poi i signori quando vendettero ai Comuni le loro signorie, fecero anche vendita dei diritti giurisdizionali. Certo la cessione di questi e più specialmente di ciò che si atteneva alla giustizia criminale fu la più dura, e rappresentò l'estrema rinunzia, chè fino all'estremo i signori feudali cercarono conservare il diritto di giudicare le cause di omicidio, rapina, furto, ratto, sacrilegio, adulterio (3) — il *bannum maleficiorum quod nulla indulgetur* (4), di *mittere compositores de scandalis vel furtis vel alicuius maleficii* (5): e ciò perchè questo *bannum* era il miglior segno visibile della loro autorità. Si sa che le forche rizzate davanti ai castelli feudali erano un simbolo. Una giustizia feroce terrorizzava le popolazioni e assicurava sopra esse il dominio feudale. Nemici fra loro, i signori feudali sopra un punto si accordavano, ed era di mantenere integra la loro autorità nel condannare, cioè nell'esercitare quello che appariva la loro vera prerogativa, la giustizia criminale; e a tal fine stringevano fra loro convenzioni perchè i residenti non sfuggissero alle loro mani, varcando il confine e salvandosi sotto la protezione di altri (6).

Parlando di questa giustizia feudale si è detto come non sia possibile tracciare i confini tra essa e la patrimoniale e come spesso quella si trasformò in questa. Tuttavia se si potesse la seconda individuare, si potrebbe dire che anche in essa la competenza variava secondo i privilegi, gli usi, le usurpazioni più o meno protette dal decorso del tempo. Più spesso il proprietario poteva esercitare solo la bassa giustizia e il suo placito era detto *spe-*

---

(1) GIULINI, III, p. 197; VII, p. 193.

(2) GATTULA, p. 612.

(3) an. 1212: *Codex wangianus*, n. 111; an. 1152: il Comune di Pisa riconosce al vescovo *iustitia de aliqua offensione quae fieret in castris, bannum et placitum cum honore sicuti curtes pertinent*; CAMPI, II, 358.

(4) *Codex wangianus*, n. 5, an. 1152.

(5) Id., n. 29, an. 1263.

(6) VIGNATI, p. 115.

Digitized by Google

ciale (1), in opposizione al *generale* competente in tutte le cause: ma altre volte anche nei territori patrimoniali l'abate era proclamato giudice pieno: *nullum superiorem habeat in causis tam civilibus quam criminalibus* (2). Naturalmente il titolare della giurisdizione patrimoniale poteva giudicare soltanto le cause dei suoi residenti fra di loro o come convenuti: ma gli estranei non potevano essere convenuti a quel tribunale. E se i residenti dovevano comparire davanti ad altro foro avevano il diritto di essere accompagnati dall'avvocato (3). Parimenti i dipendenti che li trovassero fuori del territorio signoriale non potevano essere giudicati da altro foro: e anche quando il vescovo immune possedeva terre o corti che erano incluse nel territorio di altro signore, i dipendenti del vescovo dovevano soltanto rilevare dal tribunale del vescovo o abate. Difatti il carattere della giurisdizione patrimoniale e immunitaria era di essere reale, connessa colla proprietà e non collegata al solo ufficio: quindi i dipendenti stavano sotto il tribunale del signore perchè erano sua proprietà, ed essendo reali i diritti che egli aveva sopra essi, li poteva esercitare sempre ed ovunque, anche se fuori del territorio. Per questo, quando i coloni dei signori feudali, cresciuti di numero, dovettero uscire dai confini della signoria ed espandersi nelle terre del Comune, non passarono sotto la giurisdizione dei consoli, ma continuarono a riconoscere quella del loro signore (4). Ciò deve dare l'idea come

(1) Così era pel monast. di Montecassino: v. diplomi del 1175 e seg.; GATTULA, p. 264, 277. Nel 1334 un abate di Benevento ricevè in certi casali *jurisdictionem civilem et in causis civilibus ac dampnis datis et modicis criminalibus et levibus iniuriis et offensis usque ad unum augustale*; BORGIA, III, 289.

(2) an. 1191: STUMPF, n. 187; HUILLARD-BREHOLLES, *Hist. diplom. Friderici II*, II, 176, an. 1221, dipl. di Federico II al monasterio del Sagittario.

(3) an. 1077. Enrico IV alla chiesa di Piacenza: *nullus molestare tempiet, neque ad ulla placita hominibus sive advocato episcopi contrarietatem faciat*; STUMPF, 278.

(4) Così gli uomini del vescovo di Asti che andarono nel 1188 ad abitare ad Alessandria (*pro habitando*) si assoggettarono a tutti gli obblighi del Comune *salvis iustitiis et rationibus et districtionibus quas hactenus habuerant* (i vescovi); MORIONDI, *Mon. Aquens.*, n. 51. Gli uomini della Curia di Inzago che si erano ritirati a Bellinzona erano giudicabili dal tribunale dell'Abate di S. Ambrogio di Milano; PURICELLI, *Monum. Ambrosiana*, n. 575; cfr. GIULINI, IV, 321, an. 1229. L'imperatore riconobbe all'abate tal diritto e la sua giurisdizione in qualunque luogo quegli uomini andassero e colla stessa estensione e competenza come se abitassero a Inzago.

Digitized by Google

le competenze si intrecciassero e come i fori si incontrassero sullo stesso territorio, confusione che impediva ogni retto funzionamento della giustizia e non serviva che ad assicurare l'impunità ai rei.

A conclusione di questa trattazione delle giustizie feudali devesi ricordare quello che già si è detto altre volte, cioè che sopra essa stava sempre la competenza imperiale per tutte le cause, malgrado qualsiasi privilegio; che l'azione giudiziaria di chiunque non poteva essere in contraddizione coll'imperiale; che le leggi dello Stato dovevano essere rispettate e mantenute; che questi tribunali avevano anzi a servire per assicurare una pronta ed efficace giustizia, a mantenere l'ordine e la sicurezza. Tutte le concessioni erano fatte *salva iustitia imperiali* (1), cioè colla riserva che l'imperatore potesse sempre avocare a sè le cause e che le parti potessero sempre rivolgersi all'aula imperiale.

In compenso l'imperatore darà il suo braccio per costringere i dipendenti a sottomettersi a queste giurisdizioni, colpirà i ribelli (2), vieterà di rivolgersi ad altro foro (3) e a chiunque di *minuere et dirumpere iurisdictionem contra privilegia* (4). Anzi se un conte o altro pubblico ufficiale catturerà un delinquente il cui giudizio spetta a signore feudale, questi dovrà rivendicarlo e il conte dovrà farne consegna (5). I pubblici funzionari dovevano coadiuvare chi godeva di giustizia feudale o patrimoniale. Ma in questo confondersi e aggrovigliarsi di poteri e di competenze nessuna coesione poteva nascere, nessuna stabilità formarsi e anzi cresceva il disordine, l'insicurezza, l'impunità.

7. Quanto è finora esposto riguarda più specialmente l'Italia settentrionale e centrale, ma anche nelle parti inferiori della penisola presto si estese la giurisdizione feudale, che anzi come mala pianta vi pose profonde radici e crebbe e fiorì quando altrove era stata distrutta dall'affermarsi del potere comunale.

Nello Stato pontificio i papi diedero investiture di feudi

---

(1) an. 1177: MURATORI, I, 734; an. 1247: VERCI, II, n. 89.

(2) an. 1044: MURATORI, VI, 54.

(3) GATTULA, 544, 545.

(4) TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 466, an. 1255.

(5) Nel 1185 certe monache *cum non possent vocare homines ad rationem quod furta et homicidia et periuria fiebant*, chiamano il conte per aiutarle e promèttono *tertiam partem banni et judicaturae*; FICKER, IV, 159, 165, 166.

Digitized by Google

coll'una o l'altra giurisdizione (1). Nell'Italia meridionale la giurisdizione come facoltà inerente al feudo, come condizione naturale di esso, non venne mai riconosciuta dalla dottrina, perchè tanto i re normanni quanto i successori proclamarono che ad essi soltanto apparteneva, e che potevano concederla od alienarla a tempo: e se i baroni la esercitarono, essi erano quali delegati, mandatari e baiuli (2). Conseguenza di questa separazione della giustizia dal feudo fu la tendenza a una quasi allodificazione di esso che si avverte nello sviluppo della feudalità meridionale e il fatto che il feudo si potesse trasmettere anche senza il regio beneplacito, poichè ad esso non eran congiunte funzioni proprie ed esclusive della sovranità. Soltanto sotto gli Aragonesi vi fu un mutamento. Tuttavia non mancano esempi anche nell'Italia meridionale di signorie feudali investite del diritto di giustizia criminale: come il monastero di Monopoli che l'ebbe da Enrico VI (3), il monastero di Aversa che l'ebbe da Ruggiero duca di Puglia e di Calabria nel 1082 (4), il monastero di Cassino che pure l'ottenne da Enrico VI che derogò alla consuetudine del regno permettendo agli abbati di esercitare il banno giudiziario completo su tutti i dipendenti e residenti (5), concessione confermata da Federico II (6) e da numerose bolle di papi (7); ma abrogata da Carlo I o in odio al concedente o per ostilità al monastero o per spirito di regalità. Egli mandò i suoi giustizieri nelle terre della Badia, e mentre permise agli abati l'esercizio della giustizia civile, volle per sè la criminale (8).

In Sicilia il baronaggio venne in possesso della giustizia fino dal giorno in cui si introdusse la feudalità. Quando nel 1100 fu infeudato il villaggio di Mandanici e furono fissati i servizi che dovesse prestare il barone, fu a questo accordato il diritto di *iudicare et condemnare homines secundum delicta eorum* salvo i

(1) THEINER, *Codex dipl. S. Sedis.*

(2) Ruggiero nel 1027 tolse agli abati di Cava la giurisdizione criminale; e nel Parlamento di Aciano del 1140 fu revocata interamente al potere regio, togliendola a quei signori feudali che la esercitavano.

(3) STUMPF, n. 130.

(4) *Mon. Arch. neapol.*, V, n. 433, 517, 527; VI, n. 582.

(5) an. 1195: GATTULA, p. 279.

(6) an. 1220: HUILLARD, *Hist. diplom. Friderici II*,

(7) RAYNALDI, *Annales eccles.*, ad an. 1239 e 1350.

(8) GATTULA, I, p. 353-356.

Digitized by Google

reati di fellonia e omicidio (1). La stessa concessione trovasi in infeudamenti del 1105, 1117 con facoltà *ligandi et flagellandi et in compedibus mittendi reservata tamen poena homicidii curiae n. Majestatis* (2). Ora siccome l'ordinamento giudiziario normanno attribuiva agli stratigoti la giurisprudenza criminale e ai viceconti la civile, si vede che i baroni laici od ecclesiastici ottennero le facoltà giudiziarie che erano proprie degli uni e degli altri: e infatti in qualche carta si parla appunto della concessione della *stratigotia civitatis* (3). Nel secolo XIII le concessioni feudali ai baroni siciliani si fecero più ampie e generali: il vescovo di Catania ebbe nel 1266 assegnato *omnia illa iudicia terrena in civitate Cataniae, terris Jacii, ecc. — cum mero et mixto imperio et cognitione causarum civilium et criminalium* (4). E questi signori avevano i loro stratigoti e viceconti come erano nelle terre regie (5).

Ancora fin dai primi tempi della dominazione normanna trovasi in Sicilia la curia feudale composta dei pari della baronia per giudicare se alcuno aveva mancato agli obblighi feudali e se era incorso nella perdita del feudo, e le Costit. di Federico II sanzionarono la procedura da osservarsi e la pena da applicarsi (6). Il conte o barone sedeva *in curia cum baronibus atque militibus* (7), e aveva una competenza superiore e quasi di revisione e di appello dalle curie dei suoi suffeudatari (8); però la perdita del feudo non poteva essere pronunciata senza l'approvazione di un giudice regio che prendeva parte al giudizio; il che fu disposto da una legge di re Ruggiero quando ordinò che la conoscenza di tutte le cause feudali appartenesse ai magistrati, quella dei suffeudi ai giustizieri, quella dei feudi quaternati alla Magna Curia (9).

I diplomi siciliani dell'epoca normanna investivano i grandi feudatari della giurisdizione sì civile che criminale, e in virtù di questi poteri loro delegati quando, per es., costruivano un casale e chiamavano genti a popolarlo, disponevano che queste *non in*

(1) PIRRI, *Sicilia sacra*, II, 1027.
(2) Id., II, 1043, 1039.
(3) VARGAS, *Esame delle carte normanne*, n. 28, pag. 49.
(4) PIRRI, I, 539.
(5) Id., II, 1242, an. 1103; an. 1145: UGHELLI, VIII, 290.
(6) *Const. regni Siciliae*, lib. II, 36; lib. III, 19.
(7) GREGORIO, *Consideraz. sulla storia di Sicilia*, lib. III, c. 6.
(8) *Constit. regni Siciliae*, lib. III, 16.
(9) Id., lib. I, 42; lib. III, 18.

Digitized by Google

foro alieno respondere debeant alicui sed in curia ecclesiae per baiulum nostrum in eodem casali constitutum ipsi homines conveniri debeant et respondere calumniantibus et per potestatem et dominum ecclesiae tantum in curia nostra absolvi debeant a clamoribus et condemnari ad iuris solutionem (1). Anzi i baroni trasferendo in altri il dominio di uomini o di villaggi loro soggetti trasferivano nel tempo istesso la facoltà di giudicarli (2).

Qualche volta però il re riservavasi la giurisdizione criminale, come regalia e diritto maiestatico: *salvis tamen regalibus nostrae maiestatis fellonia videlicet traditione et homicidio* (3). Ma i maggiori vescovi dell'isola come i baroni che ottennero in feudo vasti territori, furono anche giustizieri, cioè investiti del mero e misto impero: e allora anche dei delitti *nihil curia nostra habeat sed totum monasterio cedat — non liceat alicui iustitiariorum nostrorum de causis quae inter homines ipsius monasterii emetterint se intromittere, sed abbas eas determinet et decidat* (4).

Questa esposizione dimostra come l'Italia dalla caduta dell'Impero romano attraverso l'alto medio evo ebbe regolati ordinamenti giudiziari nei quali si affermava il principio di un'autorità politica colla funzione di assicurare la pace nella società.

Nè questo principio andò travolto nel periodo feudale. Certo anche questi ordinamenti risentirono di quell'incertezza che indebolì tutta la vita politica del tempo e che non scomparve se non coll'avvento del Comune nell'Italia alta e centrale e col costituirsi di una monarchia nell'Italia meridionale e in Sicilia.

---

(1) an. 1145: PIRRI, II, 800; an. 1169: id., II, 1017.
(2) an. 1143: id., II, 1158.
(3) an. 1140: id. II, 800.
(4) an. 1176: LO IUDICE, pag. 6.

Digitized by Google

PARTE PRIMA

DAL VI AL XII SECOLO

SEZIONE SECONDA

PROCEDIMENTO CIVILE E PENALE DALLA CADUTA DELL'IMPERO ROMANO ALL'EPOCA COMUNALE.

OPERE GENERALI: PERTILE, vol. VI, GLASSON, vol. III; SIEGEL, BETHMANN-HOLLWEGG, SOHM, citate a pag. 11; MAURER, *Geschichte d. altgerman. Gerichtsverfahren*, 1824; BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, § 23; II, §§ 97-123; SCHROEDER, *Lehrbuch der deutsche Rechtsgeschichte*, VI ed. 1919, §§ 13, 37; AMIRA, *Grundriss des germanischen Rechts*, II, ed. 1901, pag. 153-172; HÜBNER, *Der Immobiliarprozess der fränkischen Zeit*, 1893.

Digitized by Google

Digitized by Google

CAPO I.

Il procedimento nell'epoca della dominazione ostrogotica

1. Poichè Teodorico ebbe l'animo intento a conservare gli ordinamenti romani, ed era d'altronde una esigenza inevitabile, così devesi ammettere che abbia dovuto conservare le norme fondamentali dell'*ordo iudiciarius* della legislazione imperiale. Ciò era in armonia col suo proposito di far partecipare il popolo goto ai vantaggi di una superiore civiltà. Nè d'altra parte gli sarebbe stato possibile introdurre in Italia le pratiche giudiziarie germaniche, che i funzionari romani preposti all'amministrazione della giustizia ignoravano, nè indurre le popolazioni romane ad accettare una procedura, la barbarica, che forse a tutti i Goti era poco nota, essi che erano stati a contatto di tante popolazioni, essi più usati agli esercizi delle armi che alle cabale del foro, essi che in Italia erano una sparutissima minoranza, reggentesi perchè ordinata ad esercito, sì come sempre dominano sui popoli discordi e senza capi coloro che posseggono una forza disciplinata. Niente dunque o quasi di procedura germanica si introdusse in Italia colla dominazione gotica, e quelle norme procedurali che contiene l'Editto di Teodorico derivano dalle leggi romane. Soltanto si può notare un adattamento alle condizioni del tempo, che dovevano aver modificato le abitudini delle stesse genti romane. Le solennità del foro, lente, misurate, esprimentisi in un linguaggio speciale noto ad una classe di persone istruite in quella tecnica, non erano possibili in mezzo a popolazioni che ancora avevano davanti agli occhi le tante rovine causate dalle incursioni di orde barbariche. Tante istituzioni erano andate sconvolte, nè pensava Teodorico a ripristinarle, e tanto meno a restituire la procedura

Digitized by Google

come era secondo le leggi romane e a rimettere in ordine un istrumento del resto pesante, mentre altre cose di carattere militare e finanziario urgevano.

L'adattamento che si nota nell'Editto riguarda la semplificazione nel rito e l'abbandono di formalità superflue dove i rapporti giuridici sono meno complicati: e quindi un incremento nell'autorità del giudice cui sono attribuite facoltà più larghe di iniziativa per assicurare la rapidità dei giudizi, per rimuovere le dilazioni inutili, allo scopo di raggiungere nelle cause civili la certezza sufficiente e nelle criminali l'esemplare punizione del reo.

2. Il procedimento si iniziava colla citazione fatta dal *nuncius* debitamente autorizzato dal giudice al quale l'attore aveva presentato il libello di petizione: e la citazione ripetevasi tre volte prima di dichiarare la contumacia, il che era conforme alle idee romane (1). Teodorico respinse il sistema di sua gente che affidava all'attore stesso citare, trasformazione operatasi sotto l'influenza del diritto romano; e lo mostra la minaccia di pena capitale a colui che trascinasse per forza altri in giudizio, pena severa ma spiegabile coll'intendimento del legislatore di abolire le consuetudini del suo popolo contrarie a un fermo assetto giuridico. La citazione gota doveva dunque essere scritta e doveva essere portata da un messo del giudice: ma quale forma avesse non è chiaro, come non è chiara la forma che aveva secondo il diritto del Cod. teodosiano (2). È probabile che il giudice inviasse al convenuto insieme alla citazione la *denunciatio* che a lui era stata comunicata dalla parte attrice, invio fatto per mezzo di un esecutore. Era richiesta la presenza di testi alla notificazione (§ 143), il che derivava da una consuetudine romana accolta in altre leggi romano-germaniche.

Il convenuto non era costretto a comparire davanti al giudice: bastava che promettesse *se ad iudicium esse venturum* (§ 73). La competenza era secondo il territorio, *forum patrati criminis*, ma l'Editto la mantenne non per la ragione che era più facile raccogliere le prove ma pel timore che, durante la traduzione da una

(1) Edict. 5. Cfr. Dig., l. 3, XLIX, 8; l. 9, Cod., VII, 43.

(2) Cfr. CUIACII, *Observat.*, XII, 4; XVI, 7; GOTHOFREDI, *Cod. Theod.*, I, pag. 100. E tra i moderni PUCHTA, *Inst. d. roem. R.*, c. 160,184; WIEDING, *Libellprozess*, c. 18, 24; BETHMANN-HOLLWEG, III, pag. 235; KELLER, *Proced. rom.*, trad. FILOMUSI, pag. 70.

Digitized by Google

provincia all'altra gli imputati fuggissero o fossero strappati ai custodi dai loro amici o complici (§ 103).

Constatata la contumacia, il giudice procedeva all'esame della causa sulle prove allegate alla domanda e sentenziava. La procedura era prevalentemente scritta che orale, e l'Editto ordinava che si dovesse prender nota di tutto quello che si diceva e si faceva alla presenza del giudice: eccezioni del convenuto, presentazione di testi, lettura di documenti (1), di cui il giudice doveva tener conto nella sentenza che pronunciava secondo il diritto e le leggi (§ 7).

Era vietato far cessione delle proprie azioni a persona potente e di accusare in nome di altri: disposizione intesa a reprimere le delazioni: solo il marito, il genitore e il tutore potevano muovere querela per la moglie, il figlio e il minore. Era però ammessa la rappresentanza processuale: il procuratore era costituito colla *translatio actionum*, ma nessuno poteva convenire in tribunale una persona a nome di un terzo senza esserne debitamente abilitato (2).

La sentenza era scritta. Era nulla quella pronunciata se le parti fossero assenti (§ 5). Oltre la condanna, doveva il giudice stabilire a quali spese l'attore soccombente fosse tenuto, ma poteva deferire tale valutazione a periti (3). Una novità era il porre le spese della lite a carico dell'ingiusto possessore, od obbligare questo a mantenere colui che fu privato della cosa da cui traeva il proprio vitto (4): « nessuno si doveva dilettare di litigare conoscendo il suo torto ».

L'Editto richiamavasi al principio: *bis de eadem re ne sit actio*, sopratutto quando in materia era intervenuto un giuramento, ed equiparava alla cosa giudicata per sentenza del magistrato la causa definita per consenso delle parti, e in tal caso non permetteva di agire muovendo querela di spergiuro (5).

L'esecuzione della sentenza doveva seguire entro due mesi dalla pronunzia, mentre per diritto romano si contava dal giorno del mancato pagamento, e secondo la facoltà e la condizione di ogni singolo debitore poteva essere prorogata (6).

---

(1) Edict. 6. Cfr. Cod. Theod., IV, 17.

(2) Edict. 43: cfr. 47, 122.

(3) Edict. 74. Cfr. l. 79, Dig. V, 1.

(4) Edict. 11.

(5) Edict. 106. Cfr. l. 31, Dig., XII, 2; l. 1, § 56, Dig., XLII, 1; PONCHIELLI, *Commenti all'Editto di Teodorico*, 1923, pag. 66.

(6) Edict. 131. Cfr. l. 31, Dig., XLII, 1.

Digitized by Google

Nei giorni festivi dovevano tacere i tribunali, nè accuse riceversi nè sentenze pronunciarsi. Contro ogni sentenza era lecito proporre appello, non però due volte per lo stesso oggetto. Certo questa era una novità pei Goti, che, come gli antichi popoli germanici, sconoscevano l'appello, non essendo conforme alle loro idee giuridiche la sovrapposizione di una giurisdizione all'altra (1). Teodorico adottò il sistema romano, senza far distinzione fra appello civile e penale, proponibili entrambi mediante libello da esibirsi ai giudici competenti. I giudici provinciali dovevano esaminare l'appello e vedere con procedimento sommario se era o no ricevibile: il *sacer cognitor* giudicava poi nel merito. Ogni domanda di appello doveva essere accolta con sollecitudine, senza sottoporre l'appellante a molestie o a ingiuste spese; se il giudice si rendeva assente espressamente per non ricevere l'appello, la parte interessata doveva affiggere nei luoghi pubblici più frequentati il libello comprovante tale assenza (2).

3. Il procedimento civile era diverso dal criminale: il primo cominciava colla citazione, il secondo coll'accusa o di ufficio. Nessuno poteva essere catturato senza ordine del giudice (§ 8). In quanto all'accusa, nessun accusatore poteva essere udito se prima non sottostava agli *inscriptionis vincula*, perchè, in caso di assoluzione subiva la pena che sarebbe toccata all'accusato dimostrato reo (§ 13). Quindi accusato e accusatore erano tenuti sotto custodia e solo nei crimini minori potevano dare fideiussori (3).

La causa doveva essere decisa laddove il delitto era stato commesso, qualsiasi fosse il grado e la dignità della persona. Ognuno doveva essere convenuto davanti al foro del suo domicilio: e l'accusato di crimine non poteva essere condotto in diversa provincia per essere giudicato. L'arcidiacono era obbligato a consegnare al giudice quelli che erano fuggiti nella chiesa come a luogo di asilo,

(1) Lex salica, LVII, 3.

(2) Edict. 55. Cfr. Cod. Theod. de appell.

(3) Edict. 13. Cfr. 15 e 19, Cod. Theod., IX, 1. Simmaco (*Ep.* 10) mostra come i rei erano tenuti *custodia militari*: e così anche Sidonio, I, 7. Teodorico modificò la legge di Onorio e Teodosio ammettendo alla esenzione dal carcere preventivo gli accusatori di delitti meno gravi, ma non vi aggiunse la prescrizione vietante al giudice di prestar fede ai colpevoli che, dopo aver confessato durante la tortura il delitto di cui erano accusati, si accusavano anche di altri delitti. Vedi PONCHIELLI, *Comm. all'Ed. di Teodorico*, 1923, pag. 26.

Digitized by Google

e doveva restituire la cosa che essi colà avessero depositato: e se non l'avesse fatto pagava il valore della cosa.

4. Come si è visto a proposito dell'ordinamento giudiziario, i Goti avevano in ogni provincia i loro conti che esaminavano e decidevano le controversie sorte fra essi. È verosimile, secondo quello che si sa di questi funzionari e della loro competenza e secondo alcune espressioni dell'Editto, che se l'attore nelle cause civili era un romano e l'avversario un goto, anche il romano doveva rivolgersi al *Comes Gothorum*, il quale allora era assistito da due causidici romani: se invece attore era il goto, la causa doveva essere portata al tribunale romano. Nelle cause penali non vi era differenza fra Romani e Goti e tutti erano giudicati dallo stesso tribunale.

I Romani potevano nelle cause civili, per le otto provincie dell'Italia inferiore, appellare al *Vicarius Romae* o al *praefectus urbis*: e dalle sentenze di questi vi era ricorso al *Praefectus praetorio* o al re; al quale sempre potevano ricorrere i Goti. Il re presiedeva il suo tribunale e pronunciava sentenza orale oppure emetteva un rescritto: mitigava le pene, riformava le sentenze dei giudici inferiori di sua iniziativa o chiamava a sè i contendenti e imponeva loro la pace.

5. Altre regole processuali sono qua e là ricordate nell'Editto: per es. il possessore non è obbligato a dimostrare come possegga: spetta all'attore far valere in giudizio le proprie azioni (§ 25). Una legge è diretta esclusivamente ai Goti che trascuravano di comparire in giudizio allorquando fossero convenuti: e per essi, seguendo il sistema barbarico, è disposto che il contumace perda la causa quando per tre volte sia stato regolarmente citato, stabilendosi così a priori che sia dalla parte del torto (§ 113), il che era in opposizione al diritto romano che mai condannava il reo pel solo fatto della contumacia, ma soltanto quando il suo avversario avesse provato fondata la domanda, e che inoltre giustificava la contumacia per legittimi motivi e mai ne faceva una ragione di inferiorità pel convenuto [1].

---

[1] Nelle *Variarum* di Cassiodoro spesso si accenna a ordini a giudici perchè compongano rettamente le liti (cfr. III, 13; IV, 9, 12,18,39; V, 12; VIII, 23; IX, 14). — Il re cassa una sentenza del *vicarius Romae*; IV, 41: — dà ordini a un giudice come sentenziare; IV, 42: — richiama una causa alla sua corte; IV, 46: — muta la pena; III, 47: — concede esenzioni; I, 15, 37; IV, 27, 41 (cfr. *Formula tuitionis*, VII, 39).

Digitized by Google

Il procedimento goto è nelle sue linee fondamentali quello dell'Impero romano nella sua decadenza, cioè privo di solennità, orale, pubblico. L'introduzione della scrittura negli atti giudiziari era troppo recente perchè fosse rigorosamente applicata in tutti i tribunali e dovette avere una mediocre influenza nelle forme dei giudizi. Tuttavia qualche cosa restava *apud acta* (1), dove gli interrogatori dell'accusato e dei testi dovevano essere depositati: ne fa prova la pratica giudiziaria quale continuò nelle provincie d'Italia immuni dalle invasioni. Certo la sentenza era scritta, e la scrittura fu elemento necessario per l'appello. Il tribunale era servito da speciali funzionari, da colui che intimava gli ordini del giudice, i nunzi, i messi, a quelli incaricati delle funzioni di cancelleria (§ 74). Non vi erano tribunali speciali, se non per gli Ebrei, ai quali erano riconosciuti i loro privilegi procedurali, cioè il diritto di essere giudicati dai loro capi e secondo le loro leggi (2): quindi anche il fisco doveva sottostare alla competenza dei giudici ordinari. I vescovi non godevano di poteri giurisdizionali nelle cause civili e criminali dei chierici, o almeno un normale foro ecclesiastico riconosciuto dal diritto pubblico non esisteva.

(1) l. 3, Cod. Theod., IX, 3.
(2) Edict. 143. Cfr. Cod. Theod. de Iudaeis e Nov. III di Teod. e Valent.

Digitized by Google

CAPO II.

Il procedimento nei territori longobardi

§ 1. *L'antica procedura germanica.*

1. Caduta la dominazione militare gotica, nei tribunali si continuò nelle non interrotte pratiche giudiziarie romane, che avevano resistito alla breve e non tumultuaria invasione germanica. Un vero e profondo turbamento avvenne quando i Longobardi portarono in Italia la loro furia devastatrice, e poi ordinatisi a regno, vollero restar fedeli alle loro istituzioni e trasportarle nel territorio ove sedevano in armi. Essi erano il governo, e i funzionari dei re come esercitavano il potere militare e riscuotevano i tributi, così si assunsero di amministrare la giustizia, le tre manifestazioni di ogni autorità statale. I tribunali furono presieduti da capi longobardi, i quali, applicassero il diritto della loro gente o qualche cosa concedessero alla legge dei Romani vinti, vollero che le forme dell'applicazione cioè il rito fossero le loro nazionali, quelle cioè che meglio rispondevano al loro abito mentale. Questa procedura germanica usata dai Longobardi in Italia presenta però delle differenze con quella delle altre genti germaniche e in ispecie con quella della famiglia franco-salica da essa instaurata nei tribunali delle Gallie; e le differenze sono dovute sempre a quella vigorosa e assidua azione che sui Longobardi esercitò la civiltà romana, alla quale essi non poterono sottrarsi. Non potevano certamente adottare il procedimento romano che in molte parti repugnava al loro diritto privato e pubblico e più al penale; ma molte cose appresero dai causidici romani di cui non tardarono a servirsi, e per questa via penetrarono nel loro procedimento

Digitized by Google

concetti di cui è indubbia l'origine romana. Così lentamente ma già in modo visibile e chiaro fin dal secolo VIII nei territori longobardi si ebbe un procedimento che non è il pretto germanico, quale si conservò oltre le Alpi, ma un altro semplice, rapido, meno formalista, più logico.

2. Il puro procedimento germanico si può ricostruire colle notizie che si ricavano specialmente dalla *Lex salica*, quella che ha meglio conservata l'impronta del diritto originario, scevro da influenze estranee. Il procedimento salico integrato con quanto è riferito da altre leggi germaniche presenta dei nessi coll'antico procedimento romano, e i concetti che informavano le *actiones legis*, non gli sono estranei. È fuor di dubbio che i Germani anche prima che iniziassero il periodo delle migrazioni avevano un modo di far valere il diritto e di trattare le cause davanti ai magistrati, fossero le assemblee, i principi o i giudici, che sopra l'autogiustizia vi erano tribunali, e che la violenza poteva essere arrestata dal regolare svolgimento di un processo. Sono formalità spontanee, che nascono appena che alcuno si fa intermediario per comporre una questione e deve ascoltare le accuse e le difese, valutare le prove e decidere. Tacito accenna brevemente ai giudizi dei Germani, ma vi è un punto in cui mostra come i loro magistrati, allorchè erano incerti sulla risoluzione da dare in una controversia, si rimettessero alla divinità, nello stesso modo che più tardi le stesse razze germaniche si rimettevano al giudizio di Dio: il passo è là dove Tacito parla della credulità dei Germani per gli auspici e le *sortes*: si può ritenere che il pregiudizio che faceva intervenire la divinità nei giudizi umani esistesse di già nei costumi dei Germani sotto l'impero del paganesimo, e che quindi praticassero anche prima delle invasioni i giudizi di Dio.

3. Ma se qualche pratica giudiziaria si possa anche ammettere presso i popoli che abitavano il centro d'Europa, quelle cioè che erano comuni alle genti della stirpe aria, tuttavia il fatto che la subordinazione del singolo alla comunità era debolissima e che un ordinamento politico, il quale è la condizione per la esistenza di tribunale, di giudizi e di procedimenti regolari, era embrionale ed inorganico, lascia poco credere che quelli che avevano delle contese o avevano sofferto un'offesa e un danno, ricorressero a misure giuridiche prestabilite per ottenere soddisfazioni e riparazioni. La vendetta che dominava escludeva tutto ciò: ognuno cercava di ottenere colla forza propria e l'aiuto dei parenti quello

Digitized by Google

che solo più tardi accordarono regolari giudizi. E questi non si ebbero che quando si costituirono maggiori aggregazioni di tribù sotto monarchie, la cui ragione precipua era di rassicurare la pace: ma anche allora fu lunga e difficile lotta per porre fine alle non sopite tendenze alla vendetta e ridurre i contendenti e gli offensori a sottostare ai giudizi pubblici delle assemblee popolari, ed accettarne le sentenze. Perchè, come presso tutti i popoli barbari e semibarbari, la vendetta restò per un pezzo un sentimento insopprimibile presso i Germani, che ritenevano vile chi rassegnandosi alle offese invocava dai poteri pubblici un altro mezzo di soddisfazione; le offese dovevano lavarsi col sangue o riscattarsi col denaro; costituivano un affare privato estraneo all'ingerenza dell'autorità. E tale era l'istinto alla vendetta, tale l'opinione pubblica verso di essa, che le stesse leggi la riconoscevano come legittima e in certi casi la proteggevano. Infatti se l'offeso invece di armarsi per la vendetta ed invocare l'assistenza della tribù, offriva all'offensore di transigere perchè gli fosse corrisposta quella soddisfazione o composizione in animali fissata dalla consuetudine, e l'offensore vi si rifiutava, la tribù autorizzava chiunque ad ucciderlo come lupo, ponendolo fuori dalla pace e dal diritto. La legge adunque era ancora impotente; la giustizia pubblica cedeva davanti alla violenza dei singoli, il procedimento regolare non poteva esercitare che una funzione secondaria e quasi spregiata, ed anche tardi, in Italia, nel regno longobardo, all'offensore era in certo modo lasciata la scelta o di sottostare alla composizione o di subire la vendetta (1). In conseguenza un procedimento giudiziario presupponeva la volontaria sottomissione delle parti a persone o all'assemblea popolare perchè fosse decisa la lite e non ancora la coattiva azione di un potere sulle parti perchè ne accettassero la decisione. La soppressione dell'arbitrio e della violenza non fu raggiunta che nel corso dei secoli, e una regolare procedura non fu istituita in Italia, dopo la caduta dell'Impero romano, se non quando forti poteri pubblici assicurarono la maestà della legge.

Poichè la procedura significò rinunzia di una parte all'autogiustizia, ne derivò che nelle antiche forme procedurali si insinuarono traccie di questa spontanea invocazione di un'autorità decidente come della sottomissione dell'altra parte alla stessa au-

(1) Liutpr., 13. DAHN, *Fehdegang u. Rechtsgang, Bausteine*, II, pag. 116.

Digitized by Google

torità. Ciò si incontra anche nell'antico procedimento romano: e tale è anche il carattere dell'antico germanico, laddove specialmente vedesi la spontanea e libera iniziativa dell'attore o dell'accusatore nel far valere il suo diritto, ed avvertesi la mancanza di un intervento diretto dei pubblici poteri nell'iniziare e nel proseguire lo svolgimento di un procedimento promosso da una parte. In qualunque atto giudiziario il tribunale assiste passivo e segue da spettatore ciò che fanno i contendenti. Al precetto della legge di impartire retta giustizia nel modo stabilito non risponde il giudice nella forma di un comando (*bannum*), ma la parte nella forma di una domanda. Il tribunale è solo, e a richiesta della parte, attivo in quanto accetta il risultato finale della prova, indipendentemente dalla coscienza morale del giudice, ed esercita una coazione se il convenuto si rifiuta all'inizio o alla continuazione del procedimento o non si sottomette alla sentenza. Costui è *inactivus* perchè *placitum negligit* in opposizione a colui *qui placitum custodit*. In origine era lo stesso attore, quando rifuggiva dall'autogiustizia, che a forza trascinava davanti ai giudici questo *homo tam durus vel inobediens aut contumax rebellis iustitiae qui non vult iustitiam facere, contemptor legis* (1) e da tal ribelle prendeva pegni: poi si progredì stabilendo che i pegni li prendesse il giudice e che il re lo ponesse *extra suum sermonem* (2).

Si nota nella storia della procedura come i tre stadi di essa, introduzione della lite, sua trattazione, mezzi per assicurare l'esecuzione della sentenza, siano soltanto lentamente passati da funzione privata a funzione degli organi pubblici. Anche a Roma l'esecuzione della sentenza non stava in immediata connessione alla pronuncia della sentenza: l'efficacia del *iudicium* non seguiva naturalmente e il vincitore non aveva nessuna protezione da parte dello Stato per ottenere di fatto il frutto della vittoria, occorrendogli una nuova *legisactio* colla quale si provocava l'autorità pubblica a rendere esecutiva la sentenza. Lo stesso si incontra nell'antico diritto germanico (3), dove la sola sentenza non è titolo giuridico sufficiente per rendere possibile una procedura d'esecuzione contro la parte che non si sottomette spontaneamente. Il vincitore deve ottenere dall'*executor legitimus* il riconoscimento

(1) *Lex Baiuw.*, XII, de pignoribus, I, § I.
(2) Lex salica, LVI.
(3) Lex salica, L, 3.

Digitized by Google

che nulla pretende ingiustamente e allora si dà luogo all'esecuzione. Anche davanti al tribunale il diritto arcaico ammetteva l'attività solo limitatamente e coll'osservanza rigorosa di determinate parole e formole, in mancanza delle quali l'avversario poteva non rispondere e il tribunale non sentenziare. Anche qui il diritto germanico presenta delle analogie col romano, e come la procedura romana si rese più agile in virtù del diritto pretorio e delle *extraordinariae cognitiones*, così anche il procedimento germanico si sciolse dai rigorosi vincoli del formalismo dove per il rinvigorirsi del diritto regio, dove per l'influenza del diritto romano.

4. Al diritto germanico non si può applicare la divisione delle azioni in azioni per ragioni di debito, in azioni reali e in azioni per delitto, la quale si introdusse molto tardi. In principio ogni azione era per delitto e ogni domanda prendeva l'aspetto della riparazione di un torto che importava una vera pena. Così per es. la procedura per ottenere il pagamento di un debito, causata dalla negligenza del debitore, si presentava come un'azione per ottenere la condanna di lui a una pena nella quale era incorso per questa sua tardanza, per la mora: così l'azione per la rivendicazione di mobili diveniva un'azione per riavere una cosa rubata o comunque tolta al proprietario. Quindi tutte le cause avevano l'aspetto di essere violazioni di un diritto, alle quali doveva seguire una pena; tutte le cause erano penali, e il giudice sentenziando *de torto* applicava una pena. Soltanto nel corso del tempo le azioni si differenziarono, specialmente quando il giudice di ufficio potè colpire quei fatti che importavano un turbamento dell'ordine pubblico: e se prima di arrivare a questa separazione le fonti parlano di *causae civiles* e di *criminales*, il senso delle parole è diverso da quello che esse hanno nei diritti moderni.

Ora se questo si conservò a lungo nei diritti che meno sentirono l'influenza romana, scomparve presto nel longobardo, presso il quale le azioni furono civili e penali, e si distinguevano le prime secondo che l'azione derivava da un'obbligazione e si riferiva a mobili o a immobili. Quelle derivanti da ragioni di credito, da successione, dipendenti da rapporti di famiglia, da mundio, da stato delle persone, ecc., erano partitamente designate, e sempre più si separò quello che importava danno civile da dolo e colpa, che implicano una sanzione di carattere penale. Vi è un momento in cui pel diritto longobardo si potrebbe comporre l'*arbor actionum*, come era pel romano: e ciò diversifica il longobardo dagli altri diritti

Digitized by Google

germanici i quali si ritirarono entro la divisione di azioni mobiliari e immobiliari. A queste ultime speciali favori procedurali erano assicurati: e in tal fatto si può constatare l'influenza esercitata dai criteri di valore e pregio politico che i Germani e poi tutto il medioevo attribuirono al possesso della terra. È noto come a questo andavan congiunti tanti diritti, come far parte dell'esercito, essere giudice, scabino, teste, congiuratore; ma va aggiunto che, siccome esso, costituiva la base della vita economica, così godeva piena protezione da parte della legge; per modo che a seconda che un diritto si riferiva a cose mobili o immobili, ne derivavano conseguenze importanti ed avevano luogo principii assai diversi non soltanto intorno all'acquisto od alla prescrizione ma anche alla persecuzione giudiziaria del diritto stesso. Così, per es., la proprietà immobiliare era protetta in tutti i casi con un'azione assoluta ed efficace di fronte ai terzi, quella sui mobili soggiaceva invece a forti limitazioni.

§ 2. *Il tribunale.*

5. Quali fossero i giudici si è detto: intorno agli altri funzionari va notato che veramente era rudimentale l'ordinamento giudiziario, tanto che le parti stesse dovevano compiere atti procedurali dalla citazione all'esecuzione della sentenza, ma ciò nel periodo più antico che fu presto superato, perchè nelle monarchie si ebbero *nuncii* e *missi* esecutori delle *iussiones* dei magistrati (1), e a questi ufficiali inferiori fu anche dato il nome di *lictores*, prendendolo dalla pratica romana (2) o quello di *pueri regii qui iudicia exsequuntur et mulctam per pagos exigunt* (3). Anche prima dei Carolingi vi erano funzionari pubblici che intimavano colla *bannitio* le citazioni, traducevano i rei davanti al tribunale, mettevano in esecuzione le sentenze facendo sequestri (4). Dopo, ogni conte doveva avere il suo *missus* al quale comandi *bannire et mannire* e anche *legalem investituram facere* ecc.: come doveva essere assistito da *notarius* o *cancellarius* o *scriba* per redigere la sentenza

(1) CASSIODORI, *Variar.*, II, 13, 20; III, 20; V, 5, 10, 19; Lex Wisig. II, 1, c. 17, 25; 2, c, 4, 10; V, 3, c. 2; X, 2, c. 5.

(2) *Vita S. Amandi*, c. 12, in MIGNE, *Patrol. latina*. LXXXVII, pag. 1268.

(3) Leg. Burg., XLIX, 4; LXXVI, 1.

(4) *Vita S. Amandi* cit.; Leg. Burg., l. cit.

Digitized by Google

che doveva contenere riassunta la domanda dell'attore, le risposte del convenuto e le prove addotte (1).

Le riunioni giudiziarie erano tenute in giorni determinati, ed era il costume antico a cui allude anche Tacito (c. 11): ma chi era investito di pubblica autorità poteva sempre bandire l'assemblea, il *concilium*, il *conventus*. Così vi erano i *placita legitima* e quelli cui dava occasione una necessità improvvisa — *si necesse est* — un omicidio, un furto (2): in questo secondo caso non era necessaria la presenza di tutto il popolo, della *turba*, come avveniva nelle solenni riunioni aventi carattere militare e politico, ma solo quella dei giudici e degli scabini, di quanti poi venivan compresi nella espressione di *adstantes, qui cum iudice aderant* (3).

In Italia tali riunioni erano tenute nelle città e nei villaggi, nel palazzo di corte, in chiesa; ma poi i Carolingi vietarono di tenerle *in ecclesia neque in atrio eius*. Ciò per i placiti ordinari: *minora vero placita Comes sive intra suam potestatem vel ubi impetrare potuerit habeat* (4).

La pubblicità del procedimento riusciva così piena per il luogo delle riunioni, per le parti che dovevano esporre le loro ragioni alla presenza di tutti. Il giudice piantava le sue tende anche all'aperto, se la stagione lo permetteva *ad universorum causas audiendas*. Era consuetudine popolare che le cause fossero decise con voto popolare: oppure il giudice sceglieva fra la turba presente persone che lo assistessero, ai quali deferire la definizione della causa (5): come era consuetudine che chiunque presente potesse farsi avanti e giurare la propria testimonianza. Così questi presenti, che erano dello stesso vico dei contendenti — *de ipso pago* — controllavano le deposizioni ed esprimevano il loro consenso.

§ 3. *L'introduzione del giudizio: la citazione.*

6. Un'esposizione del procedimento longobardo non si può fare completa colle sole leggi e i documenti del popolo longobardo, ma deve essere integrata colle notizie contenute nelle altre *leges bar-*

(1) Cap. 803, c. 2; 805, c. 3: *et singuli comites suum notarium habeant.*

(2) Leg. Baiuw., II, c. 15, 1.

(3) Form. Andegav., 24; App. Marculfi, 6.

(4) Cap. 819, c. 14; 873, c. 12, pag. 290, 346.

(5) Leg. Wisig., II, 2, c. 2: *iudex autem si elegerit auditores alios secum esse praesentes, ecc., aut forte causam cum eis conferre... Si certe noluerit, nullus se in audientiam ingerat.*

Digitized by Google

barorum, le quali pure non rappresentano l'originario diritto germanico, perchè l'influenza del cristianesimo le liberò di molte formalità corrispondenti a pratiche pagane (come nelle formole di giuramento, delle ordalie, dei giudizi di Dio): — perchè in esse si nota più attivo l'intervento del magistrato che dirige, ordina, si sostituisce alle parti, finchè si arriva alla legislazione carolingia per la quale *comes habeat potestatem in placito suo facere quae debet, nemime contradicente* (1): — perchè si accolgono mezzi di prova che il diritto antico ripudiava: — perchè si arriva all'esecuzione del giudicato attuata dallo stesso giudice. In confronto del diritto salico il procedimento longobardo rappresenta un notevole progresso.

Ciò si avverte fin dal momento in cui si introduce il giudizio, perchè in rispondenza all'ordinamento politico e amministrativo in cui le attribuzioni delle magistrature sono ben definite e al giudice è affidato di cooperare a mantenere l'ordine e il rispetto della legge, la citazione è atto giudiziario, segue per mezzo della *bannitio*, cioè comando del giudice il quale è investito di poteri che presso altre schiatte germaniche ancora appartenevano all'assemblea popolare. Le leggi germaniche nelle quali la procedura è più fondata sull'iniziativa privata, come quella dei Franchi Salii, fanno iniziare il procedimento con atti di esecuzione, presumendo che l'attore abbia ragione qualora affermi il suo diritto nelle forme prescritte senza essere tenuto a provare: solo se più tardi sarà provato che aveva torto, sarà severamente punito. L'inosservanza di una forma solenne, l'esercizio di un potere che non può giustificare, l'uso irregolare di un atto procedurale si rivolgono contro l'autore dell'atto e lo fanno incorrere nella pena a cui sarebbe stato condannato l'avversario soccombente. Questa procedura aveva per oggetto o l'esecuzione di un contratto o la rivendicazione di un mobile. Vi era ancora presso questi diritti un altro modo di citare, ed era quello fatto dall'attore accompagnato da tre testimoni al domicilio del debitore: era la *mannitio*. Se il debitore era assente, si parlava alla moglie o a quelli della famiglia. Era assegnato un termine a comparire che si misurava a notti. Nell'intervallo l'attore poteva ottenere un sequestro generale su tutti i beni mobili del debitore: e allora per un'altra volta il creditore si recava a casa del debitore assieme a testi-

(1) Capit. Ludovici, de iustitiis faciendis, an. 820, c. 5, pag. 295.

Digitized by Google

moni ripetendo l'invito a pagare: se anche quest'invito restava inascoltato, il creditore chiedeva di essere immesso nel possesso dei beni sequestrati e allora il giudice con sette persone (*rachimburgi*) si recava alla dimora del debitore, facendogli richiesta di pagare. Se erà assente o si rifiutava, il creditore diveniva proprietario dei beni del debitore fino alla concorrenza del suo credito, e il giudice riscuoteva l'ammenda (*fredus*).

Anche al diritto longobardo non restò ignota questa procedura che cominciava colle vie di esecuzione. Ma è l'eccezione. La regola è la *bannitio*. Il giudice che è interpellato da chi vuol promuovere una lite, deve entro quattro giorni *iustitiam facere*, eccetto che il convenuto sia malato o fuori di città. *Si vero talis causa fuerit quod ipse sculdaiis deliberare menime possit, diregat ambas partes ad iudicem suum*. Il quale pure è punito se subito non provvede entro sei giorni (Liutp. 25). Se il convenuto appartiene ad altra circoscrizione giudiziaria, l'attore deve munirsi di lettere del suo giudice e con queste recarsi dal giudice da cui dipende il convenuto, il quale è punito se entro il termine stabilito dalla legge non farà giustizia (Liutp. 26, 27). La procedura dunque comincia col *reclamare* dell'attore al giudice (*sculdascio*), e questo reclamo (*interpellare*, Rot., 150: *nuntiare causam iudici*, Rachis, 2) è fatto a voce. Su tale comunicazione il giudice procede entro breve termine a un esame sommario e se è competente provvede; se no, rimette al giudice competente. La formola della *bannitio* ci è trasmessa in una carta del 714: *Dum in Dei nomine ex iussione d. Liutp. regis directus fuissem A. maiordomus in civitate Aretina, ibique veniens ad nos L. episcopus... suggessit nobis eo quod multas violentias sustinuerit ab episcopo senensi... Hoc audito fecimus venire in nostram praesentiam* ecc. (1); e in altra del 762 davanti a un duca si presentò l'abbate lamentandosi di servi che volevano sottrarsi al di lui servizio: *Nos dum talia audissemus continuo iussimus ante nostra vestigia ipsos homines*, ecc. (2). Il giudice dunque mandava la citazione in virtù dei diritti di *bannum* competente a tutti gli ufficiali regi. Nell'Editto non vi sono norme relative a questa citazione e ai termini e agli impedimenti riconosciuti validi per ritardare, poichè a queste norme suppliva la

(1) UGHELLI, I, 410; BRUNETTI, I, pag. 426; TROYA, num. 400.

(2) UGHELLI, VIII, 617; TROYA, n. 779; cfr. an. 749 in FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, pag. 262, n. 7; TROYA, n. 623; *Regesto di Farfa*, n. 22.

Digitized by Google

consuetudine: è taciuta anche la pena in cui incorreva il contumace. Alcuni diritti barbarici richiedevano che la citazione fosse ripetuta quattro volte, altri tre: dopo di che aveva luogo la *missio in bannum* (1). La citazione, detta *indiculus commonitorius*, era consegnata all'attore che la recava alla controparte (2): e poichè portava il *signum* del re, del duca o di altro funzionario presidente di tribunale, fu anche detta in Italia *signaculum* (3). La formalità della citazione colla *bannitio* era obbligatoria nelle controversie sullo stato delle persone e in petitorio di beni immobiliari.

Ma i Longobardi conoscevano un'altra forma per iniziare una causa, senza citazione, e consisteva nell'approfittare della presenza di colui di cui alcuno doveva lamentarsi, per presentare immediatamente all'assemblea o al re una petizione perchè quella o questi esaminassero subito la lite, obbligassero l'accusato a difendersi e sentenziassero. Ciò poteva farsi quando il fatto di cui si trattava era tale *quod animae perteneat periculum*. Allora l'accusato doveva *cum sacramentum satisfacere et se eduniare. Et si tales causa emerserit, et adest homo in praesenti qui crimen mittat*, poteva subito purificarsi col duello (Roth. 9). Qui l'accusa viene mossa quando il popolo è riunito in assemblea alla presenza del re, nel *mallum*: si presenta chi interpella il re di un'offesa ricevuta (*mallare, interpellare*) e muove l'accusa con speciale formalismo invocando Dio e stendendo la mano al cielo, prestando così *iuramentum de calumnia, de asto: quia non asto animo eum* (l'accusato) *per pugna faticare querat nisi quod cartam habeat suspitione* (Liutp. 71). Così la causa si introduce immediatamente per *mallatio*. Senza termini a comparire, perchè l'accusato è presente, senza termini a rispondere o perchè vi è la flagranza, vi è la ferita ancora sanguinante, vi è il cadavere steso per terra, vi è il ladro trascinato legato e con indosso la roba rubata, o perchè le parti sono di accordo di far decidere la loro controversia seduta stante (4). Ciò risulta dai documenti per quanto si riferisce a controversie civili: an. 624 *in curte regia in laubia dum in iudicio sederet Dux... dixit W. miles... ac audito dixit ven. vir H.* Si legge una carta pre-

(1) OPET, *Gesch. der Prozesseinleitungsformen*, I, *Zeit d. Volkrechte*, 1901.

(2) Cfr. Lex romana utinens., XXVII, 9.

(3) an. 901: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, app. n. 1768; UGHELLI, I, 799; LUPI, II, c. 1.

(4) *Cod. diplom. cavensis*, 426, 487, 569, 1032.

Digitized by Google

sentata... *et auditis testibus et examinatis et visae intenciones... sine contradicione* dell'attore *finita est causa* (1): an. 742 *cum coniuximus nos Dux... venerant... A. asserebat... B. respondebat... dum haec talis altercatio ad nostra pia vestigia examinata fuisset...* (2): an. 746 davanti al duca di Benevento nel suo palazzo venne un abate *ad altercandum adversus B. presbyterum*: quegli diceva, l'altro rispondeva: *demum nostra gloriosa potestate audita inter vos varia altercatione et cognoscentes certam veritatem fecimus venire sanctos canones et iussimus fieri iudicatum* (3): an. 764 *notitia iudicati qualiter venerunt in presentia mea* un vescovo e un prete: *dicebat... respondebat... nos ita audientes fecimus dare wadia ut in constituto posito ipsos testes in presentia nostra ostendere deberent* (4). Vi è l'accordo delle parti di comparire davanti al tribunale pubblico; comparse, si accordano anche per un differimento allo scopo di presentare documenti o testimoni: accettano volontariamente il giudicato, quasi fosse un arbitrato, e non ha bisogno il giudice di circondare di pene la sentenza.

7. In quanto alle cause criminali era lo stesso privato che nelle riunioni giudiziarie moveva l'accusa contro l'offensore se era presente o lo trascinava colla forza, o chiedeva al giudice di citarlo, e questi o incaricava dei mallevadori perchè lo presentassero al tribunale o infine esigeva dall'imputato promessa formale che si presentasse. Probabilmente l'uso che l'offeso in persona si recasse al domicilio dell'offensore per invitarlo a presentarsi a giorno fisso al tribunale era andato in disuso presso i Longobardi, dove gli organi di governo avevano essi assunto quelle attribuzioni che anche in questa materia le leggi più antiche riconoscevano ai privati (5). Soltanto in caso di flagrante delitto l'offeso non era tenuto di assegnare il termine per comparire, ma aveva il diritto di costringere il reo a seguirlo immediatamente al tribunale per mezzo della *ligatio*. La vittima gridava (6), chiamava i suoi vicini per avere aiuto, e il colpevole doveva lasciarsi arrestare. È possibile che un'ammenda fosse inflitta a quelli che non accorrevano alla chiamata: quest'obbligo di gridare per dare della pub-

(1) TROYA, n. 295: *coniuncti sumus ad finem faciendum*, ecc.
(2) Id., n. 548.
(3) Id., n. 592; UGHELLI, VIII, 626.
(4) TROYA, n. 827; an. 967, *Cod. dipl. cavens.* n. 257, 274, 302.
(5) Lex salica, I e LVI; Lex ripuar., XXXIV, LX.
(6) Roth., 13.

Digitized by Google

blicità all'atto della *ligatio* si mantenne lungamente e ne parlano le leggi barbariche. In quanto alla *ligatio* è chiaro che se il libero scoperto nella corte altrui *manus dederit ad ligandum se*, deve essere *legatus* condotto al tribunale (Roth. 32, 33). La *ligatio* è punita se avviene *sine causa*, e questa giudicherà il re (Roth. 42), e la causa legittima vuolsi per tradurre alcuno al tribunale ove sarà *veritas adprobata* (Liutp. 111). La cattura del ladro e la sua presentazione al giudice colle mani legate dietro il dorso portando le cose rubate vengono indicate dall'Editto colla espressione convenzionale *sit fegangi* (1). La spiegazione di questa pratica si trova nelle leggi nordiche, nelle quali dopo di aver detto che la pena del ladro preso coll'oggetto è la forca, si aggiunge: « se si prende il ladro coll'oggetto, gli si leghino le mani dietro il dorso coll'oggetto e lo si conduca al tribunale con due testi che dichiarino essere egli il ladro. L'attore giuri con dodici congiuratori che è il ladro vero » (2). Altre leggi dispongono che chi trova un ladro in flagrante deve legarlo alla presenza di testi e tenerlo in casa fino al giorno del giudizio: se era assolto, il ladro non poteva intentare azione a colui *qui eum ligavit*. Se i ladri erano molti, tutti potevano essere legati. Non era lecito legare la donna che si trovava nella casa coniugale ove la cosa furtiva era scoperta, se il marito era assente. Solo il ladro in flagrante poteva essere legato (3): *neminem vincire licet nisi cum refurtiva deprehensum*: così la legge del Jutland la quale autorizzava anche le perquisizioni nelle case, ma se mancava il padrone della casa, *manus* vietava *iniicere violentas*. Questo *ligare cum re propria* non era permesso nell'abigeato o se l'oggetto fu dal ladro trasformato, e mai dietro sospetti, richiedendosi la flagranza: mancando questa dovevasi pro-

(1) Roth., 253, 291, 372; Grim., 9; Liutpr, 147. FUMAGALLI, *Cod. dipl. santambros.*, pag. 96. La parola non indica il ladro *in furto temptus* come volevano le antiche glosse. Infatti in Roth., 253, si fa il caso di flagranza e si dice *id est fegangi*, e in Roth., 291, si ha ancora la flagranza, ma subito si aggiunge *non sit fegangi*; v. KIER, *Edictus Rotari*, 1898, pag. 40.

(2) *Vestgotalaga*: *Loi de Vestrogothie*, trad. de BEAUCHET, lib. XII, 3, nella *Nouvelle Revue historique du droit*, XI, 727. È massima comune alle leggi danesi, svedesi e scandinave; DARESTE, *Études d'histoire du droit*, 1889, pag. 299, 316, 337.

(3) Così la legge dell'Jutland (Judske low), 87, 99, 111; *Lex cimbrica antiqua lingua danica*, ed. KOGOD ANCHER, 1782, pag. 163, 167, ecc. Su ciò v. SALVIOLI, *Ad Rothar. de fegangi, Studio sul furto secondo le leggi germaniche*, nel volume per le *Onoranze al prof. Francesco Pepere*, Napoli 1901.

Digitized by Google

cedere per citazione. Tali principii trovansi anche in altra legge nordica (la *lex Scaniae*) la quale così descrive il procedimento: Chi trova ladro in flagrante, gli leghi le mani dietro il dorso e lo conduca al tribunale, ove con due testi giurerà che l'ha sorpreso a rubare. Il ladro non può dare cauzione per comparire in seguito. E intorno al legamento delle mani, la legge è esplicita: (il derubato) *quem cepit cum rebus suis ad domum suam deferat, vel invitum, ibique compedes tradat quos suis pedibus superponat aut nolentem hoc sibi facere comprehemsum eisdem vinciat comprehemsor, in iuris executionem nullam iniuriam committendo: at si capti nec licet et trunco pedes infigere,* ecc. (1).

Questo procedimento della *ligatio* era imposto dalla mancanza o insufficienza degli organi di polizia, così che al privato derubato incombeva di catturare il ladro e tradurlo davanti al tribunale. Ad esso alludono più o meno le leggi dei popoli germanici che si stabilirono nei paesi dell'Impero romano (2). Per *Roth.* 253 il ladro

(1) *Lex Scaniae antiqua latine reddita per Andream Sunonis*, ed. KOLDERUP-ROSENVINGE, 1846, lib. VII, 1 (85), pag. 81. Le altre fonti nordiche antiche si esprimono tutte nello stesso senso, cioè che il ladro sorpreso in flagrante deve essere legato colle mani dietro il dorso e così condotto al tribunale colla *res furtiva* attaccata alle mani. Cfr. *Gotlandslaga*, I, 38, nella trad. di SCHILDENER, *Guta-laga*, Greifsw 1818, pag. 115; cfr. l'ed. di SCHLYTER, *Corpus iuris sveogoth.*, VII, pag. 78; *Ostgotalaga Uapa mal*, 39, 41, id., II, 93, 94: *Vestmannalaga*, citati da WILDA e da AMIRA, *Nordgerm. Obligationenrecht*, I, 720, e nell'ed. di SCHLYTER, V, 53; *Eviks saellandske lov*, 11, 130, ed. et lat. red. KOLDERUP ROSENVINGE, 1821. Nei diritti municipali danesi era stabilito che chi catturava un ladro doveva legarlo e condurlo al tribunale colla roba dietro il dorso; KOLDERUP-ROSENVINGE, *Grundriss der danische Rechtsgeschichte*, 1825, pag. 151.

(2) Lo ricordano, sebbene in modo indiretto, in quanto che si punisce chi lega alcuno *sine causa*, il che importa che va impunito chi lega le mani ad alcuno *cum causa*. Così la *Lex salica*, XXXII, e la *Lex Burgund.*, XXXII, puniscono *qui hominem ingenuum sine causa ligaverit — qui inlicite et sine causa ligaverit*. Ma più chiaramente la *Lex rip.*, XLI, distingue fra i seguenti due casi: *Si ingenuus ingenuum ligaverit et eius culpa cum sex testibus in haraho non adprobaverit,* 30 *sol. culp. Si quis a contubernio probabiliter ligatus super res alienas fuerit, eum ad excusationem non permittimus*; e in quest'ultimo caso è evidente il riferimento al ladro sorpreso in flagrante, che è arrestato e legato. Anche le altre leggi germaniche puniscono chi lega un innocente (*ligare contra legem*: cfr. Lex Frision, XXII, 82; Angl. et Werin. XLII; Baiuw, IV, 3; Aethelb., 24, 88; Aelfred, 35; Knut, II, 60) e lo stesso Roth., 42, dice: *Si quis hominem liberum ligaverit absque iussionem regis sine causa*, ecc.; mentre al c. 32 e 33 è dichiarato impune l'omicida di uomo trovato di notte *in curte e non dans manus ad ligandum*. Se questi

Digitized by Google

così catturato e legato condotto davanti al giudice non si può difendere, e chi l'ha legato non ha bisogno di provare che quegli è il ladro.

La resistenza del colpevole non autorizzava a esercitare la estrema violenza se non nel caso in cui fosse riconosciuto il diritto alla vendetta: che se il colpevole era ucciso per la resistenza che aveva opposto, l'uccisore doveva dare del suo operato la maggiore pubblicità e presentarsi al tribunale e purificarsi che aveva ucciso nell'esercizio del suo diritto. Se il colpevole invece si lasciava catturare, allora un rapido procedimento si svolgeva davanti al tribunale. La legge longobarda stabilisce poi in genere delle pene per le false accuse.

8. La legislazione carolingia introdusse anche in Italia delle modificazioni per quanto si riferiva ai modi introduttivi delle cause, dando cioè una maggior diffusione al procedimento iniziato e diretto dall'autorità del magistrato; al quale teneva dietro la *bannitio*, se il citato non compariva al placito. La *mannitio* poteva essere adoperata nelle cause *de libertate vel hereditate* per quei popoli che ancora l'avevano nelle loro leggi: ma la vera procedura di citazione non è la *mannitio* ma la *bannitio*: *de caeteris vero causis unde quis rationem est redditurus, si post secundam comitis admonitionem aliquis ad mallum venire voluerit, rebus eius in bannum missis, venire et iustitiam facere compellatur* (1). La *mannitio* era in una parola mantenuta pei Franchi, ma ne era confermato l'abbandono da parte dei Longobardi, come è detto nel

---

invece *dederit manus ad ligandum et legatus fuerit* sarà punito come reo di furto. Dunque era punito chi legava un innocente, mentre invece era lecito legare il reo, che così legato era condotto al tribunale per averne legittimata la cattura (*Pactus pro tenore pacis Child. et Chloth.*, 13): mancando le carceri, il reo restava consegnato a chi l'aveva legato, fino al giudizio. Tale procedura sommaria era propria del ladro flagrante non del ladro sospetto (id., c. 2, 4, 5, 10). Il giudice doveva esaminare se la *ligatio* fu giusta oppure *sine causa*, la quale del resto fu per quasi tutte le leggi germaniche limitata al furto flagrante (id., c. 2; *Ed. Cloth.*, c. 22); solo la *Lex rip.*, LXXVII la estende a tutti i casi ove vi è flagranza, e così anche il diritto nordico stabilisce che all'omicida si devono legare le mani in croce, mentre al ladro si legano dietro il dorso.

(1) Capit. legi addenda, 816, c. 4. Cfr. Cap. legib. addenda, 818, c. 12: *Si quis de statu suo... compellandus est manniatur; de ceteris vero causis unde quis rationem est redditurus, non manniatur sed per comitem banniatur:* pag. 268, 281. — *Liber papiensis*, Karoli, 27.

Digitized by Google

Commento alla Lombarda di Ariprando e Alberto: *mannitio est quaedam cum testibus admonitio ut ad placitum veniatur quae veteri iure de omni fiebat causa sed novo iure non nisi de libertate et hereditate est necessaria.* Quindi la *mannitio* costituiva un diritto personale dei Franchi e non era pratica territoriale, e questo rispetto dei diritti personali è fondamentale nella legislazione carolingia: *Sicut consuetudo nostrorum est ut Longobardus vel Romanus si evenerit quod causam inter se habeant, Romanus populus successionem eorum iuxta suam legem habeat: omnes conscriptiones iuxta suam legem faciant, et quando iurant, iuxta suam legem iurent.*

Dunque anche sotto la dominazione franca il modo di introdurre il procedimento fu in Italia la *bannitio* e la *mallatio.* Di questa ultima parlano il *Cartul. Longob.* e il *Liber papiensis,* che così parlano della prima: *Domne comes, ostendit Petrus hanc cartam venditionis... si aliquis homo est qui inde aliquid velit dicere, paratus sum cum eo stare ad rationem:... dicat Iohannes qui est hic praesens si carta illa bona est et vera.* Questa per una proprietà, e un'altra formola identica è per una questione di stato (1). Vescovi e abbati a cui quasi esclusivamente si riferiscono le sentenze a noi pervenute, approfittano della presenza dei loro contraddittori al placito per risolvere le loro controversie (2); oppure sono le parti stesse che si accordano di farle giudicare in una riunione giudiziaria e si scambiano la *wadia* a questo scopo (3).

Il reclamante non si riporta a una citazione fatta a cui la parte citata si è resa contumace; invoca giustizia, è pronto a discutere, a presentare carte e testimoni, afferma che gli sfugge sempre l'occasione di trovarsi coll'avversario: e infine invoca la *bannitio* perchè in certo senso il magistrato ha la persuasione delle buone ragioni del ricorrente: *Domne Comes, ego quero vobis de P. qui tenet malo ordine terram meam. D. Comes facite bannire ad placitum.* La domanda, il reclamo, l'appello avvengono direttamente davanti al giudice senza alcun atto preparatorio: *Petrus Comes te*

(1) *Cartul. longob.*, 17, *qualiter carta ostendatur:* 18 *finis status.*

(2) an. 840: *quero ut veniant et dicant pro qua causa ipsas res detinent... sed unquam minime eos ad placitum habere potui cum eis standum in racionem:* *Mem. e doc. di Lucca,* IV, 2 app., n. 37.

(3) an. 850: *inter se guadiati per partes plicandum se vice sua et de germanis* ecc.; *Cod. diplom. cavens.*, n. 148; an. 822: MURATORI, I, 511; *Mem. e doc. di Lucca,* IV, 2, n. 20; GIULINI, I, pag. 438; FUMAGALLI, 138; *Cod. dipl. Longob.*, n. 98.

Digitized by Google

appellat M. advocatus de parte publica quia a T. dilatasti causam deliberare (1). — *Domne Comes date huic Mariae tutorem. Dato...: vos plures vices mandasti missos et epistolas ut ad vestrum placitum veniret et sibi iustitiam faceret et ille venire noluit* (2). Questo è il *clamare* delle carte dell'epoca franca (3), il *proclamare* (4), l'*interpellare* (5), il *lamentari* (6), il *querelare* (7). Presentato il reclamo, deve contemporaneamente seguire la formulazione dell'oggetto controverso: an. 801, davanti a *loci servatores scabini* col vescovo di Lucca si presenta il chierico A. che non può ottenere prestazioni a cui un altro chierico è tenuto. Questi risponde subito, si richiama a suo padre, presenta un documento che non è pertinente alla controversia, perde ed è condannato (8): an. 807, avanti a *missi* l'abbate di Farfa reclama per un certo processo, e la controparte contesta la tradizione: l'abate presenta tre testimoni e vince (9) — invece nel 806 la controparte domanda un termine per provare con testimoni e le è concesso (10). È stato sorpreso e non è pronto a rispondere: *Dum resedisset G. scavinus... veniens E. dicendum ad interpellandum adversus B., quia tu retines res meas... Ad hoc respondebat B.: nescio de qua res tu mihi dicis.* Udito che non sapeva *de qua res eum mallaret in iudicio* lo scabino stabilisce *ut dare wadiam de ipsas res mostrandas* (11).

Altre persone intervenute al placito sono sorprese dalla pretesa di un abbate che vuole appartengano a lui come aldi. Esse così di sorpresa interpellate allora danno *wadia* che verranno a un'altra udienza colle prove della loro libertà (12).

Che se questa domanda di sospendere non è formulata, allora la *districtio* del convenuto segue generalmente seduta stante. Che

(1) *Liber pap.*, ad Roth., 150.

(2) Id., ad Roth., 182, 195, 251.

(3) MURATORI, I, 307, 497 e III, 729, 1081; *R. I. Script.*, II, 2, 361; UGHELLI, I, 816; V, 287; *Cod. diplom. Langob.*, 500, 664, 737; *Mon. hist. patr. Chart.* I, 19, 151; *Regesto di Farfa*, III, n. 388, 400.

(4) FICKER, IV, 52; *Regesto di Farfa*, n. 207.

(5) MURATORI, II, 959.

(6) Id., I, 299.

(7) *Regesto di Farfa*, II, n. 281, 373.

(8) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 3.

(9) *Regesto di Farfa*, II, n. 184.

(10) MURATORI, I, 973; BRUNETTI, II, I, n. 70.

(11) *Cod. diplom. Langob.*, n. 996.

(12) Id., 396.

Digitized by Google

se colui contro cui si reclama non è presente, il notaio riporta che il giudice ne ordinò la comparsa: *venire facere* (1), *facere querere* (2), *postulare ut veniret* (3), *monere ad placitum veniendum* (4). Forse con queste parole non si allude all'estrema misura della *bannitio:* ma non è esclusa perchè di essa è fatta menzione in documenti tanto dell'Italia settentrionale (5) quanto della centrale (6). Vi è il *praeco* incaricato di trasmettere gli *indiculi* del giudice (7), che si trasformeranno in minaccia di banno se è manifesta e non scusata la contumacia. La citazione scritta divenne normale solo nel corso del secolo X: son le *epistolae*, di cui parla il *Liber papiensis* (ad Roth. 182, 195), le quali oltre l'ordine del giudice portano anche il sigillo del tribunale (8). Tali modi di introdurre le liti servirono anche pei ducati di Spoleto e di Benevento donde si introdussero nelle Puglie, e in quello di Salerno (9).

9. Finora in questa esposizione si è dato come presupposto che l'azione giudiziaria fosse promossa dal privato. Ma il diritto germanico aveva una categoria di azioni che potevano e dovevano essere promosse ed esercitate dalla pubblica autorità: poche all'inizio ma sempre maggiori nell'epoca longobarda e franca. Infatti l'Editto di Rotari considera una serie di casi, di reati interessanti l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato, in cui si procedeva di ufficio: l'elenco di essi si accresce nelle aggiunte all'Editto (10). Poi nella legislazione dei Capitolari carolingi vengono obbligati i conti a procedere di ufficio nelle offese alla religione, all'ordine delle famiglie e al buon costume (11). Il procedimento prende carattere di causa criminale: il magistrato deve inquisire, interrogare, citare. La procedura di ufficio p. es. si ha

(1) MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 19.

(2) FUMAGALLI, *Cod. dipl. santambros.*, 133; *Cod. diplom. Langob.*, 664.

(3) *Cod. diplom. Langob.*, 737.

(4) FICKER, IV, 20.

(5) Placiti forma glossata, in PERTZ, *Mon. Leges*, IV, 602; an. 981: diploma di Ottone II; *Monum. Germaniae*, dipl. II, pag. 295; MURATORI, *RISS*, II, 2, 465; UGHELLI, I, 888; VIII, 35.

(6) FICKER, I, 30.

(7) MURATORI, I, 299, 497; II, 959, 963; III, 729, 1081.

(8) Id., I, 307; an. 923: *Cod. dipl. Langob.*, n. 500.

(9) *Cod. diplom. cavensis*, 55, 67, 106, 115, 116, 268, 584, 875; FICKER, IV, 20.

(10) Roth., 2, 15, 23, 24, 35; Liutpr., 56, 86.

(11) Capit. aquisgr., 802, c. 25; Commonitorium ticin., 850, pag. 96, 80.

Digitized by Google

nel caso *de fornicationis causa*. Se i genitori non puniranno la donna che ha peccato *tunc liceat gastaldium regis ipsam ad manum regis tollere et iudicare de ipsa* (Roth. 189) e così contro quelli che si rendono colpevoli di pratiche di magia (Liutp. 85).

Nelle formule e nei documenti riferiti si è visto come l'attore presenta la domanda e il convenuto risponde. Sono eccezioni perentorie che questi deve presentare: *Non tibi respondeo quia ecce cartam quam tu mihi fecisti aut pater tuus* (1) — o invocava la prescrizione: *Nolo nec debeo tibi respondere quia... per* 30 *annos possessum habemus* (2); o altrimenti si difendeva: *Non debes adversus me agere quia tu mihi eam terram vendidisti. — Non vendidi sed prestiti et locavi. — Ostende libellum ubi rogatus fuisti prestare* (3). — *Non debes adversus me placitare quia ego comparavi ipsam ancillam de M.— Da wadia de auctore. — Vendidisti tu mihi ipsam ancillam? — Non feci. — Aut probet, aut bellum adardiat aut perdat* (4). O anche il convenuto può rifiutarsi a rispondere perchè l'attore è un servo (5) o perchè pesa su di lui una condanna capitale (6). Il dialogo si svolge semplicemente, senza formole solenni, quali invece conservarono altre procedure germaniche. Il rito longobardo in Italia era divenuto piano e aperto a tutti.

§ 4. *Le parti nel giudizio.*

10. I contendenti vengono indicati coi nomi di *causantes*, *causatores*, *placitantes*, *ratiocinantes*. Chiunque aveva diritto o interesse poteva presentarsi al tribunale: solo esclusi ne erano i fanciulli e i servi. I parenti e gli amici dell'ucciso chiedevano personalmente in giudizio il pagamento del guidrigildo (7): il che potevano fare anche estranei quando per altro motivo avessero interesse (8). Quelli che risultavano aver presentato false accuse,

(1) *Liber papiensis*, ad Otton., I, 3.

(2) Form. ad Roth., 231; Grimoald., 4.

(3) Id. ad Roth., 227.

(4) Id. ad Roth., 231.

(5) Capit. Hludov., II, Papiensia in legem data, a. 855, pag. 89.

(6) Form. ad Ottonem, I, 3.

(7) Form. Bignon., 7: *sed venientes parentes et amici ipsius hominis interfecti:* GREGOR. TURON., *Hist.*, VII, 23: *Post haec in iudicium venit... et (parentes eorum) non haberent qualiter convincere possent*; App. Marculf., 23; Form. Sirmond., 39.

(8) Form. Sirmond., 32: *ibi veniens ille... accusabat aliquem hominem... sine diffinitione parentum*; Lindebr., 81, 125; Bignon., 8.

Digitized by Google

tanto nelle cause civili che nelle criminali, erano puniti e nella stessa pena incorrevano i congiuratori: dove la pena era una multa dove la stessa che avrebbe colpito l'accusato se fosse stato condannato (1), e alcune popolazioni avevano accolto dal diritto romano la *inscriptio in crimen* da farsi dall'accusatore all'inizio del processo (2).

Nell'antico diritto germanico la facoltà di farsi assistere o di avere un procuratore non era ammessa: ma quelli che occuparono le Gallie e l'Italia, dove la rappresentanza era largamente praticata tanto nei processi di giurisdizione volontaria che contenziosa (3), non tardarono a modificare le loro idee in proposito. Un residuo di queste trovasi ancora nelle aggiunte di Rachis all'Editto le quali vietano la rappresentanza qualora si trattasse dell'acquisto vero e proprio di un diritto o di una rinunzia o della difesa; e anche nei casi in cui era ammessa, volevano l'assenso del giudice (4), e perfino punivano il giudice che *hoc fieri permiserit aut consenserit*, con pena del guidrigildo da pagarsi al re (Rachis 3). Una eccezione era fatta *si rex aut iudex licentiam dederit de vidua aut de orfana aut de tale hominem qui causam suam agere non potet* (id. 11). Anche più tardi una legge di Ottone I (c. 8) inculcava che le parti dovessero personalmente comparire: *Laicorum vero nullum praeter comites in solis ecclesiasticis rebus advocatorem habere ullum permittimus*, colla quale legge si autorizzavano i chierici a stare davanti ai tribunali per mezzo di avvocati. Era una innovazione nella pratica giudiziaria, tanto che i longobardisti fedeli alla tradizione volevano che la parola *advocatus* avesse il significato di campione nel duello (5).

Il divieto dipendeva dal concetto fondamentale del procedimento germanico, secondo il quale la lesione del diritto anche in materia privata assumeva il carattere di una lesione della persona: il reo aveva offeso l'attore personalmente nel suo diritto, ed era l'attore stesso che doveva sostenere le proprie ragioni e nessuno poteva sostituirlo.

---

(1) Lex Wisig., II, 2, 5; Burg., XLV, 80, 2; Baiuw., VIII, 17.

(2) Lex Wisig., VI, 1, 2; VII, 1, 1; Form. Sirm., 29.

(3) Edict. Theodorici, 43, 44; Lex romana utinensis, II, 11; Lex Wisig., II, 2, 4. Cfr. Form. andegav., 1; Marculf., II, 37; Turon., 3, 5.

(4) Rachis, 3: *nullus homo presumat causa alterius ad dicendum supprehendere aut causare nisi cum notitia de iudice suo, causam de vidua aut de orphano dicendum.* LASS, *Anwaltschaft im Zeitalt. d. Volksrechte*, 1891.

(5) *Liber papiens.*, Expos. ad h. l.

Digitized by Google

Tuttavia l'esempio romano e l'ordinamento ecclesiastico ebbero presto ragione di questa ristretta concezione. Presto nacque il concetto del fisco e dei beni pubblici e ne ebbero la rappresentanza i gastaldi (1). Anche a questi fu attribuita la rappresentanza delle città: ne dà esempio il giudicato nella causa fra il gastaldo di Parma e quello di Piacenza, per cui *erant intenciones et scandala fiebant et pignorationes* pei confini fra le due città (2). Le chiese vescovili e le diocesi erano rappresentate dai rispettivi vescovi (3); le parrocchie, le chiese battesimali dai sacerdoti, parroci, rettori, custodi (4); i monasteri dagli abbati, e quelli femminili dalle abbadesse (5); però l'abbate poteva delegare qualche monaco: *venerunt in nostra presentia V. et A. monachi qui per concessum Halani abatis sui causam monasterii peragebant habentes altercationem* (6). I monasteri erano anche assistiti dall'*advocatus* (7) oppure dal *procurator* (8), o anche da un prete (9). Le aggregazioni di persone della stessa condizione, quali erano i *consortes*, i *conliberti*, le *condomae* potevano stare in giudizio rappresentate da alcuni di loro: tale era il caso di consorzi di liberi aventi diritti di pascolo, di legnatico sopra terre, di manumessi che avevano terre da coltivare e dovevano collettivamente prestazioni in seguito ai contratti di precario, di enfiteusi o di livello. Non tutti potevano comparire davanti al tribunale: così fu nel 779 della *conduma quae habitare videtur in Prata* e che era in lite con un abate per certe terre: il duca di Benevento *quippe dum talia audissemus... continuo iussimus ante nostra vestigia venire ipsos homines, idest... qui causam suam de germanis agebant* (10).

11. Ma per gli enti ecclesiastici la legislazione franca introdusse un'importante innovazione, obbligando quelli che avevano

---

(1) an. 806: MURATORI, I, 973; BRUNETTI, II, 1, n. 70.

(2) an. 674: CAMPI, *Hist. eccl. di Piacenza*, I, 177; TROVA, n. 340.

(3) an. 714: UGHELLI, I, 410; MURATORI, I, 116; an. 715: MURATORI VI, 386; an. 716: causa fra due vescovi; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 5; TROVA, n. 400, 408, 414.

(4) an. 592: UGHELLI, VIII, 626; an. 747: GALLETTI, *Gabio*, 77; an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40; an. 781: *Regesto di Farfa*, n. 134.

(5) an. 742: UGHELLI, VIII, 640, 590, 617, 703.

(6) an. 761: FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, n. 15; *Regesto di Farfa*, n. 46.

(7) an. 798: FATTESCHI, n. 39; *Regesto di Farfa*, n. 166, 171.

(8) an. 806: MURATORI, I, 973.

(9) an. 811: *Regesto di Farfa*, II, n. 197.

(10) UGHELLI, VIII, 617; TROVA, n. 779.

Digitized by Google

privilegi di immunità di porre l'*advocatus* che li rappresentasse, specialmente davanti i tribunali. Avvenne così che vescovi ed abbati andavano ai placiti assistiti dai loro avvocati, oppure soltanto questi si presentavano a fare *iustitias ante comitem* (1). Quali funzioni importanti avessero gli avvocati si è detto: nell'ordine giudiziario catturare i delinquenti che si rifuggiassero nei territori immuni, compiere nell'interno dell'immunità dietro ordine del conte quegli atti giudiziari che spettavano ai pubblici agenti, eseguire le sentenze pronunziate nei placiti ordinari, ecc. Ma oltre che rappresentare il vescovo o l'abbate e l'ente stesso, gli avvocati rappresentavano anche i residenti nei territori immuni, che da essi erano condotti al placito, da essi pignorati e catturati all'occasione per eseguire le sentenze pronunciate dai conti. I Capitolari ordinavano che l'avvocato si presentasse al placito quando occorreva e si sottomettesse alla sentenza del conte per sè, per la chiesa e per le persone che rappresentava (2); e ciò come conseguenza delle disposizioni per le quali egli era investito della rappresentanza della chiesa, quale ente economico. La posizione dell'avvocato era quanto mai ambigua; il che non deve sorprendere in quei tempi in cui non poche funzioni di carattere politico erano anche esercitate da organi ecclesiastici, e non vi erano confini precisi fra i due poteri. Egli era sì organo di governo, residente nei territori ecclesiastici ove manteneva l'ordine, arrestava i delinquenti, ecc., ma era anche funzionario della sua chiesa in nome della quale agiva nelle cause giudiziarie davanti al tribunale pubblico (3), e nell'interesse della quale accompagnava e difendeva tutti i liberi dipendenti del luogo pio (4). Se le chiese avevano beni in diverse contee, dovevano avere un avvocato per ogni contea (5). E in tutti gli atti giudiziari sì dell'epoca longobarda che della franca, i vescovi e gli abbati intervengono ai placiti coll'assistenza di avvocato, o se non l'hanno, lo nominano al momento per quella trattazione giudiziaria (6).

12. Inquanto alle persone singole il diritto longobardo ammet-

(1) Const. Olonn., 823, c. 7, pag. 316.

(2) Capit. Langob., 782, c. 7; Aquisgr., 809, c. 1; 802, c. 66 (p. 163, 146, 96); *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 44; TIRABOSCHI, *Modena*, I, 35, an. 855.

(3) Capit. mantuan., II, c. 1 e 5, pag. 196.

(4) Capit. papiense, 832, c. 9; Edict. pistense, 864, c. 2, pag. 61, 311.

(5) Capit. mantuan., 787, II, c. 6, pag. 1 .6.

(6) an. 1015: FICKER, IV, n. 46.

Digitized by Google

teva la rappresentanza per le vedove e gli orfani, ma sempre con notizia del giudice (Rachis 3 e 11). Nessuno doveva *agire* o *causare* per altri alla presenza del re o del giudice amenochè gliene avessero data licenza. La facoltà di essere rappresentati venne anche estesa a colui *qui causam agere non potest — qui per simplicitatem causam suam agere nescit.*

Il rigoroso divieto subì col tempo molti allargamenti, e vedesi dalle formole come potevasi ottenere dal re il permesso di costituire un procuratore *qui omnes causas in vicem ad mallandum vel prosequendum recipere deberit*, e ciò *propter simplicitatem*, che è determinata dalla *infirmitas* o dalla *nescientia legum* o dalla *pigritia sensus*, sia per causa del sesso o per fragilità del corpo o della mente (Marcul. I, 21).

Così fino dal sec. VIII i Longobardi avevano modificato l'antico diritto, come avevano fatto alcune popolazioni germaniche. Il *patrocinare* era ormai ammesso presso i Visigoti e i Borgognoni (1), ma non presso i Franchi Salii. La pratica dei Romani aveva trionfato dei pregiudizi almeno nella rappresentanza civile non nella criminale: e così nei territori longobardi gli *advocati*, chiamati coi nomi di *prolucutores*, *narratores*, *oratores*, *causidici*, potevano sostenere le cause dei privati. Vero che sempre era sottinteso il permesso dell'autorità pubblica, rilasciato a chi si presentava assieme alla parte, permesso che era contenuto nella formola: *Iubemus ut dum taliter utrisque decrevit voluntas ille vir omnes causas illius ubicumque prosequire debeat.*

13. Secondo il diritto longobardo i minori e le donne erano rappresentate dai genitori o dai parenti prossimi in mancanza di questi: dei beni loro dovevano quelli che avevano il mundio su gli uni e le altre dare *iudici notitiam* (Liutp. 75). I parenti prestavano il giuramento e sostenevano le prove in nome loro (Roth. 202, Grimoald. 7) ed era anzi punito chi faceva giurare una donna (Liutp. 93) (2). Anche per l'aldio aveva la rappresentanza il padrone che lo doveva difendere *aut per sacramentum aut per pugnam qualis causa fuerit* e lo stesso era pel servo (Liutp. 68, 97). Anzi in molti casi si presumeva la responsabilità pel padrone pei reati e danni commessi dai servi, la quale si estendeva anche a colui che aveva concesso terra a livello, tenuto a *perquirere* l'omicida e a consegnarlo ai parenti del morto (Liutpr. 92).

---

(1) Leg. Wisig., II, 2, 2, 8; Burg., XXII.
(2) an. 780: TROYA, n. 940.

Digitized by Google

14. La legislazione franca provvide più largamente alla rappresentanza, ammettendo che il giudice potesse assegnare procuratori a coloro che non erano in grado di difendersi, e così oltre alle vedove e agli orfani il beneficio fu esteso ai poveri (1). Poi si riconobbe alle chiese di poter nominare avvocati senza intervento del conte (2) e verso il mille si introdusse l'uso che chiunque potesse essere assistito da un *orator*. Ciò risulta dalle *formole longob.*, le quali sono tutte concepite nella maniera di interrogazione che al convenuto un terzo rivolge in nome dell'attore: *Petre, te appellat Martinus*. O è il giudice stesso che interpella: *liceat iudicibus causam agere* (3). Ma al sec. XI le parti sono assistite da *iurisperiti, causidici, legisperiti* (4), detti anche *adiutores* (5). Sono scelti fra i *tabelliones* (6), *avocati* (7), fra persone pratiche delle leggi, che già nel IX sec. gli imperatori franchi indicavano ai conti come quelli che dovevano essere dati per assistere le vedove, gli orfani, i poveri nelle loro cause (8). Era inoltre principio del diritto longobardo che nelle cause relative alla proprietà dei beni mobili e immobili chiunque fosse citato in giudizio dovesse manifestare il suo autore e nessuno potesse litigare da solo: *Longobardus semper dat auctorem, et nunquam stat loco auctoris*, a differenza del romano che *semper stat loco auctoris et nunquam dat auctorem* (9). Perciò nei giudizi di rivendicazione il convenuto doveva presentarsi con colui dal quale aveva ricevuto od acquistato l'immobile, o dare *wadia* che l'avrebbe presentato (10). Se non poteva produrlo, perdeva la causa (11), salvo a presentare i relativi documenti se l'autore era morto (12).

15. L'avvocato doveva essere uomo pacifico, mansueto, amante

---

(1) Capit. missor., 802, c. 9; 818, c. 3, pag. 93, 281.

(2) *Liber papiensis*, Esposit. ad Loth., 9; an. 898: MURATORI, V, 281.

(3) *Liber papiensis*, Otto III.

(4) FICKER, III, 97.

(5) an. 1013: MITTARELLI, I, p. 909; an. 1029: FEDERICUS, *Codex diplom. Pomposian.*, I, n. 71.

(6) DE RUBEIS, *Ravennat. hist.*, c. 269.

(7) an. 1038: MURATORI, II, 983.

(8) Capit. leg. addend., 818, c. 3.

(9) Form. ad Roth., 234.

(10) GIULINI, I, pag. 447; *Cod. dipl. Langob.*, n. 207.

(11) an. 844: *ceciderunt de auctore*; FUMAGALLI, pag. 240; *Codex dipl. Langob.*, n. 154.

(12) an. 815: MURATORI, I, 537.

Digitized by Google

della giustizia, conoscitore delle leggi (1), timoroso di Dio (2) e possessore di terre (3): non avendo tali requisiti doveva essere rimosso e sostituito. Poichè erano eletti dai conti e anzi questi e i *missi* avevano obbligo di eleggere in ogni contea un certo numero di avvocati, siccome eleggevano gli scabini e i notai, si può ammettere che l'ufficio di avvocato avesse carattere di pubblica funzione, e vi fossero persone indicate a rappresentare le vedove, gli orfani e i poveri, qualora quelle e questi non avessero altri fiduciari da indicare al giudice. E così forse se ne fece una professione, all'esempio dei Romani, e vi furono persone pratiche di leggi e di negozi che si occupavano di *causam dicere* per altri.

Per la costituzione di procuratore nel diritto germanico bastava la *commendatio causae* in mano del procuratore per mezzo della *festuca* che a lui veniva consegnata o gettata in grembo: an. 1025, A. tiene in mano una verga che passa a P. dicendo di costituirlo suo avvocato *de omni causa quae nobis agenda est* (4): — an. 1081, A. tenendo in mano un bastone commette con esso tutte le cause nelle mani di B. con facoltà di rispondere in sua vece e contendere e adempiere a quanto la legge ricordasse, e gli dà *wadia* e pone il mediatore, promettendo di mai sollevare opposizione a ciò che fosse per fare in suo nome, sottoponendosi a una pena, ecc. (5).

I Romani nominavano il procuratore con un mandato scritto (6), e questa forma finì per trionfare anche presso le popolazioni germaniche, e si compiva colla *traditio cartae* (7), contenente la *potestatem in placitum ambulandi, appellationes faciendi, guadiam et fideiussores dandi et recipiendi et res per bellum et omnibus modis requirendi et excutiendi et quod fecerit permaneat stabile: — Dicis ita, episcope? — Dico. — Domne Comes, precipite fieri noticiam...* (8). L'avvocato senza essere *dominus litis* sosteneva l'azione e rispon-

(1) Capit. Pipini, 782, c. 6; Capit. missorum, 802, c. 13, pag. 192, 193.

(2) *Liber papiensis*, Expos. ad Carol., 22, 55, 62.

(3) Capit. Aquisgr., 813, c. 14, pag. 172.

(4) FANTUZZI, IV, 21.

(5) *Codice diplom. barese*, III, 20.

(6) Form. andecav., 52; turon., 20; Lex Rom. utin., II, 11; Brachylog., IV, 10.

(7) Form. senon. rec., 10.

(8) an. 1068: *Mem. di Lucca*, IV, 2, 143; *Liber papiensis*, Expos. ad Karol., 22.

Digitized by Google

deva, interponeva appello, trattava la causa non altrimenti che avrebbe fatto la parte stessa, la quale non occorreva fosse presente. L'avvocato giurava per la parte (1), ed anzi una legge di Lotario I consentiva ai vescovi ed abati di avere, oltre l'avvocato ordinario, un altro speciale per il giuramento: e nel 1047 Enrico II ordinò che le persone ecclesiastiche non fossero obbligate a giurare, ma che l'avvocato giurasse per esse (2): e poteva giurare coi congiuratori (3) e sostenere il duello (4): ma poteva anche giurare da solo o per privilegio o *sicut in sancta romana ecclesia agitur* (5).

§ 5. *Oralità della procedura. Istruzione della causa.*

16. La direzione del processo era di spettanza del giudice: ordine e silenzio erano da lui imposti (6), e le parti non si potevano allontanare *absque iudicis consultu* (7). Egli doveva ascoltare le doglianze ed essere pronto *causas dirimere et legibus definire*, facendo leggere le scritture, interrogando i testi, ricevendo i giuramenti. Le leggi punivano il giudice che non metteva zelo nell'adempimento del suo ufficio (8).

Il procedimento era orale: azione ed eccezioni erano presentate e svolte all'udienza. Ognuno dei contendenti si presentava coi testi o i congiuratori, quando non erano fra quelli che assistevano al placito. Riti giudiziari molto semplici e altrettanto uniformi quali troviamo nei documenti, così che l'esame di pochi informa a sufficienza sul modo della trattazione delle cause. *Venerunt in presentia nostra A. et B. altercationem inter se habentes: — veniens altercando — Dicebat A. Respondebat B. Et contra iterum... Veritas est* (9). — *Asserebant monachi dicentes*, e allegavano esser pronti a presentare testi (10). Poichè non tutte le alter-

(1) Capit. Pipini, 782, c. 6, pag. 191.
(2) *Liber papiensis*, Henric., II, c. 11.
(3) an. 840: MURATORI, I, 503.
(4) an. 935: FICKER, IV, n. 23, 46; MURATORI, III, 646.
(5) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1400.
(6) Leg. Wisig., II, 2, 2.
(7) Id., II, 1, 24.
(8) Liutpr., 25.
(9) La maggior parte dei doc. del *Cod. dipl. long.* di Troya sono giudicati, nei quali è riprodotto un formulario quasi uniforme. Vedi num. 742, 746, 756.
(10) an. 761: *Regesto farfense*, II, n. 44.

Digitized by Google

cazioni trovano fine o amichevole o con sentenza nello stesso giorno, così il giudice faceva promettere con *wadia* alle parti di presentarsi in altra seduta: *Nos vero ita audientes fecimus dare wadia ut in constituto posito ipsos testes in presentia nostra ostendere deviret. Qui in constituta die iteratim ambe partes ante nos coniunxerunt*, ma non possono produrre testi e l'attore presenta la sua carta e ottiene vittoria (1). Inoltre l'onere di presentare l'autore complicava spesso la controversia e la prolungava: *sed cum longum sit hanc causam ventilandum et maximo labore ad auctore dandum, concedimus quia defendere nullatenus possumus* (2).

Nè era escluso che il giudice (duca o conte) potesse d'ufficio iniziare una *inquisitio* sui fatti. In una causa relativa a carte si fanno portare i sacri canoni e si leggono e su quelli è pronunciata la sentenza (3): o si mandano messi a visitare i luoghi (4) e si procede a un accesso giudiziale (5): e poi *quia per ordinem inquisissemus cognovimus certam rei veritatem... Decrevimus sicut rectum nobis paruit ut quinque actore a parte monasterii qualiter eligerent dicerent iurati... et in eo ordine guadiam dare fecimus ipsos monachos de ipso sacramento* (6).

17. La partecipazione dei giudici nello svolgimento della lite si intensifica nell'epoca franca. Più spesso essi impongono alle parti per mezzo della *wadia* (7) un termine per istruire la causa, perchè l'avvocato del monastero si informi. L'attore nel primo momento fa la sua *professio et manifestatio* (8), in altra seduta vengono presentati i testimoni, le carte oppure prestato il giuramento (9), oppure presentato l'*autore*, e allora i termini vengono prolungati di tre e più volte (10). L'istruzione, detta *inquisitio*, si

(1) an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40; TROYA, n. 827.

(2) an. 820-840: GIULINI, I, pag. 442; FUMAGALLI, pag. 222; *Codex diplom., Langob.*, n. 138.

(3) an. 762: UGHELLI, VIII, 617.

(4) an. 761: TROYA, n. 763; *Regesto di Farfa*, II, n. 45.

(5) an. 747: id., n. 602; *Reg. di Farfa*, II, n. 30.

(6) an. 761: id., n. 763.

(7) an. 822, 827, 844: MURATORI, I, 511; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 20; *Mon. hist. patr. Chartar.*, n. 19; *Cod. dipl. Langob.*, n. 154.

(8) an. 827: *Mon. hist. patr. Chartar.*, n. 19.

(9) an. 829: GALLETTI, n. 350; MURATORI, *RISS*, II, 2, 375; *Regesto di Farfa*, II, n. 270; *Cod. dipl. Langob.*, n. 270.

(10) an. 844: MURATORI, I, 467; FUMAGALLI, pag. 240; *Cod. diplom. Langob.*, n. 154.

Digitized by Google

fa più rigorosa: le parti si difendono nella maniera migliore (1): nell'856 si discute di un *morgengab* che spettava a una vedova. Il convenuto dice di nulla sapere: si concorda con *wadia* che le parti si ripresenteranno: alla seconda riunione si decide di dare *trewas* al convenuto: alla terza si disputa sulla genuinità o meno di una carta presentata da lui che vince la causa (2). E in altra occasione lo stesso conte presidente del tribunale lascia al convenuto il tempo necessario perchè *inquisisset ipsa causa* (3). Così ancora l'abate di Farfa che per caso si trovava nel 998 a un placito presieduto da papa Gregorio e Ottone II (*cum accidente affuit*), interpellato di certe terre: *Rogo vos date mihi indutias quia modo non sum paratus ad legem neque iudices meos habeo neque advocatum* (4). La risposta quando non è un semplice *confiteri* o *recognoscere* ma un *contraddicere*, dà luogo all'introduzione dei vari mezzi di prova ed è lasciato il termine di non meno quaranta giorni per produrle (5), per presentare *consorti* e carte (6). E quanto più si va avanti, di tanto crescono le cause che sono istruite in due o tre riunioni (7), in quattro (8), in cinque (9): o si pronunciano sentenze provvisorie *salva querimonia* (10), *salva querela* (11), e si dànno termini per la prova (12), finchè alla fine del sec. X si elencano le ragioni delle parti in un *capitulum* che dà luogo alla *manifestatio* e alla *refutatio* dei contendenti e allo sviluppo dei vari mezzi di prova (13).

Del resto le form. del *Liber papiensis* dànno la prova evidente

---

(1) an. 845: MURATORI, II, 971.

(2) an. 856: id., I, 507.

(3) an. 827: MURATORI, I, 481; an. 857: id., 557; an. 875: id., 505; an. 905: id., 487.

(4) an. 998: MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; *Regesto di Farfa*, III, n. 426.

(5) Edict. Pistense, an. 864, c. 3, pag. 311.

(6) an. 850: MURATORI, I, 359.

(7) an. 865: MURATORI, V, 275; FUMAGALLI, pag. 383; *Cod. dipl. Langob.*, n. 236; an. 871: UGHELLI, I, 798; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 39.

(8) an. 873: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 831.

(9) an. 884: id., IV, 2, n. 49; V, 2, n. 930.

(10) an. 897: id., IV, 2, n. 55.

(11) an. 901: id., V, 3, n. 1768; an. 923: *Cod. diplom. Langob.*, n. 500.

(12) an. 902: id., IV, 2, n. 53; cfr. *Cod. diplom. cavensis*, I, n. 115, an. 902.

(13) an. 998: MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; *Regesto di Farfa*, III, n. 426.

Digitized by Google

di questo più complicato svolgersi del procedimento longobardo franco, laddove il *reus inquisitus per aeditam actionem* deve avere il tempo e il modo *si voluerit dicere titulum suae possessionis* (ad. Roth. 227).

Varie influenze agivano a questo risultato: un maggior sentimento di giustizia, l'abbandono progressivo del formalismo, l'influenza del diritto romano e del canonico. Non era soltanto il tribunale palatino a ispirarsi maggiormente all'equità, ma ciò facevano anche i tribunali inferiori: e così il procedimento sciogliendosi dai rigori delle leggi, sviluppando l'*inquisitio*, cercava le vie della giustizia. E poichè l'attore non si rivolgeva più alla controparte ma al tribunale, questo andava sempre arrogandosi delle iniziative che erano incompatibili colla rigorosa applicazione della procedura antica. In conclusione il procedimento longobardo-franco fu in continuo progresso sotto l'azione di quelle forze spirituali che mai sono venute meno in Italia.

§ 6. *Il giuramento di calunnia.*

18. Indipendentemente dalle pene pei falsi accusatori e temerari litiganti (1), anche dalle leggi germaniche si richiedeva nell'attore la buona fede, pel che doveva giurare *de calumnia*, giuramento diverso da quelli relativi alla verità oggettiva della lite. Esso aveva il nome di *videredus* o *anteiuramentum*. Qualora l'attore non offrisse alcuna prova e il convenuto dovesse purificarsi, a questo atto non si procedeva se prima l'attore non giurava della onestà delle sue intenzioni, dove da solo, dove assistito da congiuratori (2). Le leggi chiamano anche *de conscientia* questo giuramento, appunto perchè non entrava nel merito della questione, e anche di ignoranza, qualora era l'erede che doveva giurare per un documento trovato nell'eredità paterna e di cui non conosceva la validità. Il diritto longobardo conosceva il giuramento di calunnia germanico, ma lo precisò aggiungendovi ciò che era proprio di quello romano al quale andava congiunta l'idea del dolo nel massimo grado (3). La falsa accusa è espressa colle parole

(1) Cfr. Lex Wisig., II, tit. 2, c. 5; Lex Burgund., tit. XLV e LXXX, c. 2, 3; Lex Salica, XX; Baiuw., VIII, c. 17; Form. Turon., c. 29.

(2) Capit. Childeberti in legem Salicam, II, 8, ed. BEHREND, pag. 96.

(3) SALVIOLI, *Iusiurandum de calumnia, nel suo svolgimento storico*, 1888.

Digitized by Google

asto animo, a cui corrispondono quelle *dolose* (1), *volontarie* (2), *sine causa legitima* (3). La parola *calumnia* non avendo ancora ripreso il significato di falsa e dolosa accusa che aveva nel diritto romano, e non avendo nemmeno quello di azione giudiziaria che aveva nelle altre leggi germaniche (4), ma indicando soltanto pretesa o azione molesta (5), il *iuramentum calumniae long.* doveva eliminare il sospetto che l'attore fosse mosso da animo malvagio (6). Parrebbe che fosse stato introdotto da Liutprando (7) o da lui rigorosamente richiesto: *preveat sacramentum... et dicat iuratus quia non asto animo eum per pugnam faticare querat, nisi quod certum habet suspitionem* (8): — *quod asto animo causam ipsam non querat nisi quod ei certa suspectio sit* (9). Il giuramento dell'attore tende solo a dar prova della buona fede sua, di *non litem iniuxtam movere — vexare, occasionare, faticare*, giuramento diverso dal giustinianeo che si riferisce alla buona fede dell'attore nell'introdurre il processo, mentre il longobardo riguarda anche la buona fede nell'affermazione dei fatti costituenti l'azione: quindi non semplice giuramento di dire la verità, ma di credere fondata l'azione, sapendo di non litigare ingiustamente: *sciente non iniuste interpellare* (10). Così impugnandosi la validità di una carta, l'attore giura (prima che controparte, notaio, testi ne affermino con congiuratori la autenticità) *se sciente nihil aliud nisi verissimam et in omnibus iustam rationem exquirat* (11). Appellandosi contro sentenza giura *non asto animo fatigare* (12). Anche il convenuto giura in termini generali sulla ingiusta accusa, *de torto* e non particolarmente sulla esistenza o meno di un fatto determinato. non *iur. de cal.*, ma di verità. *Sic esse, sic non esse*, giacchè non

(1) Roth., 9, 305; Grim., 7; Liutpr., 136.
(2) Roth., 146, 149, 201, 249; Grim., 7; Liutpr., 71, 148, 153.
(3) Grim., 7.
(4) Lex Burgund. Gundeb., VI, 2; XLVI, LXV, CIII, 2.
(5) Roth., 16, 188, 190, 192, 265, 342, 343, 348; Liutpr., 131.
(6) Liutpr., 70; *Liber papiensis*, ad h. t. (PERTZ, IV, 430); Liutpr., 118, 151.
(7) Liutpr., 168. Sul iur. cal. del giudice v. Liutpr., 21.
(8) Liutpr., 70.
(9) Liutpr., 118.
(10) Capit. longob., c. 5; *Liber papiensis*, Form. Karol. M., c. 33; Form. ad legem longob. Ludovici Pii, c. 25; Widonis, c. 6; ad Otton. I, c. 1.
(11) Widonis, c. 6; Form. Karol. M., c. 33.
(12) Form. ad legem longob. Ludovici Pii, c. 25.

Digitized by Google

si parla di *scientia*, di opinione, di credenza: *de hoc unde me appellasti, de torto me appellasti* (1). La differenza di tale giuramento con quello *de conscientia* dell'attore risulta chiara anche dalla formola usata da questo: *de hoc unde ego te appellavi, me sciente non appellavi* (2), ossia egli non dichiara di essere completamente convinto della verità della sua domanda, ma assicura che la presenta credendola fondata e conforme alla verità, per quanto è a sua scienza, cioè in piena buona fede.

19. Perchè poi nel diritto longobardo l'attore giuri *de cal.* e il convenuto invece *de veritate*, è detto dai commentatori: *quia quod maius est (reus) facit: praecise enim iurat sic non esse*, e ciò perchè ogni altro giuramento è contenuto in quello *de veritate*, e poichè non deve giurare se ritiene *se sciente* infondata la domanda. Perciò l'attore giura *se sciente habere certam suspectionem* se si tratta di furto o di complicità in esso (3): al che segue il *iur. de veritate* o di purificazione del convenuto (4). La buona fede nella verità dei fatti allegati presupponendo l'esistenza di ragioni oggettive su cui si appoggi, ne deriva che anche i motivi di sospetto possono formare oggetto del *iur. cal.* da parte dell'attore (5). Esclusi i sospetti, l'attore giura sui moventi giusti ad accusare, anzi sulla necessità di far ciò (6).

Questo *iur. de asto* o *de cal.* collegasi al sistema probatorio longobardo come parte integrante. Solo per esso potevasi ottenere dal convenuto quei mezzi che erano conseguenti alla introduzione di un'azione, specie quando l'attore non aveva per sè alcuna prova e la poneva a carico del convenuto: solo così si arrivava al giudizio di Dio (7). È evidente la stretta connessione fra il *iur. cal.* e la procedura probatoria: quello era la provocazione al convenuto perchè si purificasse: ma poichè a lui incombeva la

(1) Id.; Form. ad Roth., 365; ad Liutpr., 70; ad Widon., 9; ad Henric. I, c. 2.

(2) Form. ad legem langob. Ludovici Pii, c. 25; ad Otton. I, c. 1.

(3) Form. ad Otton., c. 6, § 5 (PERTZ, IV, 577).

(4) Form. ad Roth., 365; ad Henric. I, c. 2; Albertus, II, c. 55 ed. Anschutz, pag. 187.

(5) Liutpr., 71, 118; *Liber papiensis*, ad Liutpr., 71.

(6) an. 1191: STUMPF, III, n. 403: *iur. cal. condonamus et eos si ad aliquam causam fuerint advocati ac duellum prestare rogantur, omnino absolventes.*

(7) Federici I Const. de pace, 1156, c. 8 e 9; contra incendiarios, a. 1187.

Digitized by Google

prova, doveva l'attore giurare il reale fondamento dell'azione. I due giuramenti avevano significato diverso, riferendosi l'uno alla opinione soggettiva, alla *scientia* e l'altro alla verità oggettiva: e nemmeno stavano in opposizione col principio processuale dell'unità della prova, poichè quello *de cal.* non aveva significato di prova, nè contraddiceva a quello di purificazione, essendo questo intentato non contro la buona fede e la *scientia* ma sui fatti stessi determinanti l'azione: differenze che si mantennero nel corso del processo, in guisa che se il convenuto si purificava e si liberava, l'attore non incorreva nella pena di spergiuro, *non periurat quia de asto tamen iuravit* (1).

Il giuramento di calunnia era perciò un obbligo dell'attore se voleva proseguire la sua azione allorchè non presentava prove o si riservava di presentarle: era un diritto e un dovere processuale, come era quello di agire per chiunque, e quello di purificarsi pel convenuto. Non prestandolo, confessava che la sua causa era senza base, era segno di volontaria astensione e decadenza, una *contumacia* che non era violazione del diritto processuale nè provocava conseguenze penali. Perciò questo giuramento era una condizione necessaria per ottenere certi atti processuali, e quindi in difetto di esso questi non si compivano, cioè non si obbligava il convenuto a purificarsi, nè si facevano altre prove: e se egli negasse, non era tenuto ad altro e anche se fosse in dolo manifesto, era prosciolto dall'accusa. Spesso il solo fatto della sua prestazione obbligava il giudice a ricevere l'azione e a pronunciare la sentenza.

20. Così si comprende come in Italia il suo uso si estese: e qui bisogna notare come le chiese si comportarono di fronte ad esso e quali privilegi procedurali cercarono di ottenere al proposito. Anche esse come tutti i chierici avrebbero dovuto prestare il *iur. cal.* all'inizio di qualunque causa e nella introduzione della prova *per inquisitionem hominum circummanentium*: ed era rimasto fermo il principio di giurare *de cal.* come pregiudiziale ad ogni altro atto procedurale anche dopo che una legge di Pipino aveva stabilito che gli avvocati delle chiese potessero *sacramentum deducere iuxta qualitatem substantiae* (2): così che non solo vescovi e abbati erano esonerati dal giuramento decisorio (3), ma quello

(1) Ariprand., II, 58, pag. 191.
(2) *Liber papiensis*, Aistulfi, 10; Pipini, 6 (PERTZ, IV, pag. 483, 515).
(3) an. 901: per la Chiesa di Como, *Cod. dipl. Langob.*, 474.

Digitized by Google

dell'avvocato troncava la lite. Questa legge fu il punto di partenza di un altro privilegio col quale la facoltà di giurare si estendeva ad altre persone (*fideiussores et sacramentales*) tutte esonerate da *iurare de cal.*, bastando il giuramento finale prestato non sull'anima loro ma su quella del vescovo o dell'abate; e il giuramento in tal modo prestato valeva come *auctoritas regia*, cioè chiudeva definitivamente la causa (1). L'influenza che ebbe il monastero di Cluny sulla costituzione della Chiesa e il movimento che esso provocò nella legislazione, riuscirono all'esonero totale dei chierici dal *iur. cal.* Le parole che precedono la legge di Enrico II del 1047 colla quale esonerò i chierici tutti dal prestarlo: *reperitur scriptum ut omnes principales personae in primo litis exordio subeant iusiur. cal.* (2), mostrano l'importanza che questo ancora conservava. Nella stessa Italia meridionale furono esonerati i chierici dal prestarlo, ma l'obbligo fu riportato sopra la testa degli *scarioni*, cioè di persone di minor conto aventi uffici di guardia nelle terre delle chiese (3).

La legge di Enrico III, che nella pratica riescì a un pareggiamento formale della procedura romana e longobarda, ebbe specialmente in vista il *iur. cal.*, che dovevano tutti subire, e la soppressione di esso in favore di alcune persone privilegiate significava presunzione se non di buon diritto, certo di buona fede: la qual cosa doveva talmente turbare le idee del tempo in proposito, che, quasi ad attenuare l'importanza di quella legge, i diplomi imperiali successivi posero condizioni per l'esenzione, cioè che si presentassero al tribunale i titoli del possesso debitamente autenticati (4). Al secolo XII quella legge era divenuta lettera morta, e le persone ecclesiastiche non potevano invocarla quando era loro deferito il *iur. cal.*, cosicchè erano costrette a impetrare speciali privilegi imperiali (5), oppure stipulare colle autorità municipali concordati nei quali si stabiliva che *episcopus sacramentum calumniae non faceret, sed iuret, si opus fuerit, de veritate dicenda* (6).

---

(1) an. 1026, 1030: BÖHMER, *Acta imperii*, n. 44, 45.

(2) PERTZ, *Mon. Leges*, II, 41; *Liber papiensis*, ad Henric., II, c. 1 (id., IV, 584). Questa legge è una derivazione di legge romana (l. 25, Cod., I, 3) in favore del clero di Costantinopoli.

(3) an. 967: GATTULA, pag. 67.

(4) an. 1177, 1195, 1210: MITTARELLI e COSTADONI, IV, pag. 68, 195, 292, 299; STUMPF, n. 129, 197.

(5) an. 1223: FANTUZZI, II, 195.

(6) an. 1221, concordato fra il Comune di Parma e il vescovo: AFFO, III, n. 41.

Digitized by Google

Era una concessione notevole in un'epoca in cui l'azione delle scuole intendeva ripristinare il *iur. cal.* così come era nella procedura romana, e conseguente ad esse la legislazione comunale sottoponeva tutti a prestarlo (1); e in ciò di accordo col diritto della Chiesa per il quale esso era obbligatorio non solo nelle cause civili e criminali ma anche nelle spirituali (2). La sua importanza risulta poi evidente dalla Costit. imper. del 1183 *contra incendiarios*, che mutò questo giuramento da diritto dell'attore in obbligo, ordinando al giudice di chiederlo e di non intraprendere la discussione della causa se non era prestato.

La pratica però aveva fatto innovazioni, perchè si faceva giurare l'attore *de asto* solo dove la legge lo richiedesse, e nel senso che giurasse *sic esse sic non esse*, come se l'attore dovesse sempre conoscere i rei, e ciò nei casi di furto, incendio, ecc.; mentre negli altri casi il giuramento aveva significato di *rem ita fore* (3): con differenze notevoli fra i due casi, il primo essendo un *iur. de veritate*, ed avente la conseguenza che se l'attore perdeva, incorreva nelle pene di spergiuro.

Per tal modo nella giurisprudenza divenne eccezione quello che prima era stata la regola: l'attore che prima giurava *de asto* giurò poi *de veritate*: così nel reato di lesa maestà, nell'ingiuria contro vergine o sposa, e così se l'attore diveniva convenuto per domanda riconvenzionale, e così se si agiva in nome di un terzo (4); mutamenti dovuti all'influenza delle scuole e specialmente di quelle di Romagna, dove se nel sec. IX si praticava un *iur. cal.* che aveva tutti i caratteri longobardi e che prestavasi prima di deferire il giuramento principale (5), invece nei secoli X e XI esso aveva assunto i caratteri di un *iur. de veritate* (6). Tale significato gli fu generalmente attribuito nel corso del secolo XII, come è provato dai documenti appartenenti alle altre regioni d'Italia.

---

(1) *Mon. hist. patriae*, Statuto di Genova del 1143, pag. 244.

(2) l. cum dilectus, 22; X, de elect., 1, 6.

(3) Ariprandus II, 55, pag. 58: *Ante vero quam ad pugnam veniatur, iurare debet actor de astu in omni casu; ceteri vero in furto, in incendio de astu in reliquis casibus rem ita fore iurare debet, magis moribus contra legem asserunt, quam lege.*

(4) Albertus II, 55, pag. 180.

(5) Cfr. Gloss., ad Lombardam, II, tit. 56, l. 14, 15, 24.

(6) an. 1025: FANTUZZI, IV, n. 21.

Digitized by Google

CAPO III.

Il sistema probatorio longobardo-franco

MURATORI, *Antiquitates Italiae m. aevi*, dissert. 38 e 39; PATETTA, *Le ordalie*, 1890; SICILIANO, *Ordalie*, in *Digesto ital.*; *Le ordalie nelle Summae di Paucapalea, Stefano di Tournai e Ruffino e nel decreto di Graziano*, nella *Rivista di storia e filosofia del diritto*, 1900; LAMANTIA FRANC., *Ordo iudiciorum Dei nel Messale gallicano del sec. XII*, 1892; MORPURGO, *Sui coniuratores*, nell'*Arch. giurid.*, 1874; GAUDENZI, *Campione d'armi*, nel *Digesto ital.*; PERTILE, VI. DECLAREUIL, *Preuves iudiciaires dans le droit franc. du V au VIII siècle*, nella *Nouvelle Revue historique de droit*, 1897-1898; ESMEIN, *Les ordalies dans l'Eglise gallicaine au IX siècle*, nell'*Ecole des hautes études*, 1898; THONISSEN, *Organisation iudiciaire de la loi salique*, 1889; BEAUDOUIN, *Preuve par le serment du defendeur dans le droit franc.*; PROOST, *Recherches sur la legislation des iugements de Dieu principalement en Belgique*, 1864; BARRET, *L'épreuve de l'eau froide en Normandie*, 1886. PHILLIPS, *Ordalien*, nei *Vermischten Schriften*, 1838; DAHN, *Gesch. der german. Gottesurtheile*, 1857; LOENING, *Reinigungseid*, 1880; SACHSE, *Beweisverfahren nach deut. Recht*, 1855; SOHM, *Prozess der lex Salica*, 1867; MAURER, *Gesch. d. alt-german. Gerichtsverfahren*, 1824; GRIMM, *Deutsche Rechts-Altertümer*; SACHSE, *Beweisverfahren*, 1855; COSACK, *Die Eidhelfer des Beklagten nach alterem deutsch. Recht*, 1885; KRIES, *Beweis in Strafrecht*, 1878; LEHMANN, *Aberglaube und Zauberei*, 1898; ZELLER, *Zeugen und Eideselfer im deut. R.*, 1898; SCHWERIN, *Altschwed., Eidhilfe*, negli *Atti dell'Accad. di Heidelberg*, 1919; FEHR, *Zweikampf*, 1908; COULIN, *Enstehung des privaten Zweikampfes in Frankreik*, 1910; KOHLER, *Zweikampf, Folter und Kreuzszeugniss*, 1908; *Zweikampf in italien. Stadtrechten*, nell'*Archiv f. Strafrecht*, 1909; HOFFMANN, *Stellung der Katholische Kirche zum Zweikampf bis zu Konzil. v. Trient*, in *Zeitschrift für Kath. Theologie*, 1898; KOSTER, *id.*, in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, XXXIII, 1912; HILSE, *Gottesurtheil der Abendmahlprobe*, 1867; BRUNNER, *Zeugen u. Inquisitionsbeweis der Karolinger Zeit*, nei *Sitzungsbericht der Wiener Akademie*, LI e nelle *Forschungen*, pag. 88 e segg.; ID., *Gerichtszeugniss*

Digitized by Google

und die fränkische Koenigsurkunde, nei *Festgabe f. Heffter*, 1873 e nelle *Forschungen*; ZORN, *Das Beweisverfahren nach langobardischen Rechte*, 1872; ZIMMERMANN, *Der Glaubeneid*, 1868; KAEGI, *Alter und Herkunft des germanischen Gottesurteils*, 1887; BAIST, *Der gerichtliche Zweikampf nach seinem Ursprung und im Rolandslied*, 1890; HILDEBRAND, *Die purgatio canonica und vulgaris*, 1848; BEYERLE, *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang*, 1915; MAYER, *Geschworengericht und Inquisitionprozess*, 1916; RUTH RUD., *Zeugen u. Eideshelfer in der deut. Rechtsquellen d. Mittelalters*, I, 1922; MAYER-HOMBERG, *Beweis und Wahrscheinlichkeit nach alterem deutschen Recht*, 1921; LEA, *Superstition and Force, Essays on the wager of law, the wager of battle, the ordeal, torture*, 1886.

§ 1. *Le prove nel diritto germanico.*

1. Le norme relative alle prove ammesse nei tribunali italiani pei territori prima sottoposti alla dominazione longobarda poi alla franca furono quelle proprie del diritto germanico, non scevre però da alterazioni dovute all'influenza romana e canonica. Come poi queste prove, che in fondo erano così diverse dalle romane, si fossero così presto introdotte in Italia ed accettate dalle popolazioni, tanto che alcune di esse penetrarono anche nei territori non longobardi e furono accolte nella pratica giudiziaria e vi ebbero lunga durata, la spiegazione è data dalle condizioni di civiltà, dalle attitudini spirituali prevalenti nell'alto medio evo, più indotto ad aver fede nel continuo intervento di forze misteriose nei fatti umani di quello che a ragionare. La Divinità doveva essere a disposizione di chiunque l'invocava per risolvere una contesa. Tale credenza fu propria di tutti i popoli primitivi e in istato di semibarbarie: se l'uomo è impotente a scoprire la verità per le vie del raziocinio, non possono mancare altri mezzi che la impongano in una maniera che trascenda la ragione stessa. Da ciò il giudizio di Dio o le ordalie.

Il giudizio di Dio fu la prova suprema che praticarono le genti appartenenti alla grande famiglia indo-europea: e quindi fu il grande esperimento a cui ricorsero i Germani primitivi. Ne parla anche Tacito allorchè accenna alle *sortes*, con cui i capi delle assemblee decidevano le controversie. Come le sacerdotesse interrogano gli astri per conoscere il futuro, i giudici ricorrono ad altri espedienti per scoprire ciò che è avvenuto e chi ne è l'autore. In conseguenza si imaginano alcune prove che devono riescire in un senso o nell'altro e per mezzo delle quali si raggiunge

Digitized by Google

una data verità. Perciò non prove la cui valutazione è subbiettiva, ma prove formali senza controprove, davanti alle quali il giudice assiste passivo, perchè egli deve assolvere se colui che è gravato a sostenere quell'esperimento ne riesce vincitore, come deve condannare se è perdente.

Anche in questo sistema la prova aveva, come in tutti i diritti, lo scopo di porre in evidenza la verità e cercava raggiungerla in un modo così rigidamente formalista che, in confronto del procedimento moderno, sotto la forma è appena riconoscibile il contenuto. Poichè mentre per noi alle parti è riconosciuta la maggiore libertà nel provare e al giudice nel valutare le prove, il diritto dei Germani stabiliva la natura e l'ordine della prova materiale e vincolava il giudice verso la prova stessa quale era preordinata dalla legge. Il fondamento di tutto il procedimento non era il credere, il formarsi un convincimento, ma la prescrizione della legge che dichiarava necessaria e sufficiente una determinata prova, tanto che può dirsi essere prestata la prova non al tribunale ma alla legge, non introdotta per convincere la parte e il giudice, ma perchè era prescritta in quel caso e in quella determinata forma. Colui al quale è imposto dalla legge l'onere di provare in quel modo esclusivamente, non può sottrarsi, perchè la legge ritiene questo modo essere l'unico per scoprire la verità. Stabilito un elenco di prove formali, se la legge crede di dichiarare il diritto o a chi incomba l'onere di prestarle, non ha preferenze per l'attore o pel convenuto, nè applica il concetto che fu romano del favore pel reo (*favorabiliores rei potius quam actores habentur:* l. 125, Dig. L, 17, *de regulis iuris*). Tutti indistintamente devono cooperare a mettere in chiaro la verità: che se le prove presentate dall'attore sono insufficienti e non decisive, la legge ritiene per verità formale quello che risulta dal giuramento del convenuto, se accetta di giurare, e conclude il processo colla sanzione: *iuret... aut componat: solvat aut iuret.* In questo senso il giuramento è un privilegio, un diritto del convenuto, perchè contro di esso non è ammessa altra prova per invalidarlo, e la punizione dello spergiuro è riservata alla vendetta celeste.

Anche il diritto germanico dirigeva la prova allo scopo che ha in tutti i diritti, e la richiedeva a colui che presupponeva sapesse, e questi in linea più generale può essere l'accusato, il convenuto, ma non nel senso che l'onere della prova esclusivamente gravasse su di lui. Ma se si considera che le prove addotte dal-

Digitized by Google

l'accusatore sono testi e che questi possono deporre il falso, ne viene, data la grandissima importanza pel carattere sacrale attribuito al giuramento, che davanti alle deposizioni dei testi, se l'accusato giura, il suo giuramento valga più della parola dei testi. In questo senso stanno le parole del legislatore longobardo (Roth. 364): *Si pro quacumque culpa homo pulsatus fuerit ab alio et negaverit, liceat eum se reduniare secundum legem et qualitatem causae*. Col giuramento col giudizio di Dio si invocano le forze sopranaturali che devono assistere la parte in questo suo cimento: davanti ad esse piegansi le altre prove umane. La giustizia divina illumina l'umana contro le malizie delle accuse e le false prove. Così è anche eliminato ogni pericolo dipendente dalla ignoranza o corruzione del giudice. Questa fu la fase iniziale del procedimento longobardo: ma si vedrà come esso dovette a poco a poco cedere ai principii razionali che governano un logico sistema probatorio. Già al IX secolo questo aveva assunto l'aspetto e la forma di un'istruzione allo scopo di convincere, se non il giudice, almeno la parte. Tale è il carattere della *inquisitio* (1), alla fine della quale la parte dichiarava riconoscere il proprio torto: « Quando abbiamo vista la carta ci siamo persuasi che la nostra pretesa è insostenibile » — « prima ignoravamo » (2): e così rispondeva alla controparte con rinunzia a pretesa di contendere (3).

O il convenuto confessava il suo torto riconoscendo buone le prove dell'attore o invocava la testimonianza divina della sua innocenza. Sorpreso dall'accusa davanti all'assemblea, la legge gli accordava il tempo necessario per questa sua difesa — il giuramento, l'ordalia: e le dilazioni erano ottenute dando pegni e fideiussori di presentarsi al tempo stabilito per giurare o rifiutare il giuramento. In quest'ultima ipotesi seguiva senz'altro la condanna. È chiaro come in tutto questo svolgimento del processo il giudice non avesse iniziative e dovesse soltanto controllare il risultato della prova e decidere in conseguenza. Anche se il giudice avesse avuto la scienza che il convenuto era innocente, se questi era sconfitto nella prova, doveva condannarlo.

---

(1) an. 841: *Cod. dipl. Langob.*, n. 139.

(2) an. 821, 828: *Regesto di Farfa*, II, n. 251, 268; an. 1011: id. IV, n. 616; an. 936: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 161; an. 1009: *Cod. dipl. caietan.*, I, n. 171; an. 892: FICKER, IV, n. 17.

(3) an. 972: *Cod. dipl. cavens.*, II, n. 268.

Digitized by Google

2. Il formalismo della prova era conforme a tutto quel simbolismo che regolava tutto il diritto e che fa parte della mentalità dei popoli primitivi, che solo il sensibile li colpisce, e fuggono le fatiche del ragionamento. Il rito nella sua uniformità risparmia il lavoro della riflessione, e l'osservanza di esso dà quella tranquillità che non è sempre sicura col ragionamento. Perciò formalismo nel numero dei testimoni, nelle parole del giuramento, nell'obbligo di ripetere parola per parola le frasi contenute nella sentenza che ordina la prova, nella presentazione dei documenti. Quindi il giudizio che ordinava la prova aveva un'importanza straordinaria, poichè la prova doveva essere adempiuta secondo i termini della decisione. La prova poi non era dovuta dalla parte al tribunale, ma dalla parte all'altra: in altre parole, la parte era tenuta di persuadere formalmente non il tribunale ma l'avversario: il giudice che stava passivo davanti ad essa e a tutto lo svolgimento del giudizio doveva esaminare soltanto se la prova era stata regolarmente adempiuta.

Le legislazioni primitive diedero una prevalenza al giuramento e ai giudizi di Dio, vere domande fatte alla divinità in certe condizioni e con formalità tali da indurla a rispondere in un modo prefisso. Alcune di queste forme di giudizio nascevano dall'uso di ricorrere allo spirito dell'ucciso, perchè desideroso di vendetta sopra colui che fu causa della sua morte. Altre si collegano al concetto che gli spiriti possono penetrare nel corpo dell'uomo producendo la malattia e la morte, o a quello del fuoco che brucierà, se Dio è invocato con spergiuro, a cui deve seguire immediata punizione. Certo il tenore di questi castighi in vita fu per lungo tempo garanzia sufficiente della veracità del giuramento, come lo sono pei credenti anche oggi un castigo di oltretomba. Anche il duello sta congiunto alla credenza che nell'esito della lotta iniziata con certi riti e invocazioni solenni si manifestasse la decisione della divinità. In verità le ordalie si fondavano sopra un certo sentimento dell'ordine morale, nella fede in un ideale di giustizia, in quanto Dio non poteva permettere che il reo trionfasse e l'innocente fosse oppresso. Egli sarà vindice della fede pubblica nella esecuzione dei contratti, sarà il custode del diritto, provvederà ogni volta con un atto della sua volontà, col miracolo, a far scoprire il colpevole e a liberare l'innocente dall'accusa ingiusta.

Si può anche dire esservi certi periodi nella storia umana in

Digitized by Google

cui l'ordalia si impone, cioè quando domina la vendetta privata, per mancanza di organi pubblici destinati alla conservazione dell'ordine e quando non si può concepire un vero processo per il potere sconfinato di coloro che giudicano e per l'assenza di norme certe regolatrici della procedura. In tale stato di cose il solo mezzo che persuade l'offeso a rinunciare alla vendetta, il solo espediente che limita questo arbitrio del giudice e che gli impone una norma, è ricorrere ad una prova che sia superiore a tutte le volontà umane, che si imponga con tale evidenza a cui tutti si debbano piegare. Ora tali condizioni si verificavano nel mondo germanico nè scomparvero nel medio evo anche sotto le monarchie, e del resto il principio a cui si uniformava l'ordalia, supponendo l'intervento divino per far trionfare la verità, era conforme alla religione cristiana. Ancora la costituzione famigliare, di *fare*, di consorzi, di vicinie, in cui gli individui erano legati da responsabilità pei fatti dei loro parenti o vicini, non rendeva tanto sicura la prova testimoniale, poichè i testimoni appartenenti ai due gruppi litiganti si confondevano colle parti: e appartenenti ad altri gruppi presenti ed informati del fatto non era facile trovarli e meno facile ancora indurli a deporre, attirandosi odii e rancori, contro i quali era impotente l'autorità pubblica. La testimonianza sarebbe stata seme di altre vendette. Così si accredita e si radica il sistema del giuramento e dell'ordalia. Il giuramento è un'affermazione che acquista caratteri di credibilità per la fede nella punizione certa se non immediata dello spergiuro, punizione in cui incorreranno anche quelli che giurano della veracità del giurante, cioè il gruppo parentale. Il giudizio di Dio darà invece subito il responso chiaro e visibile. Dio pronuncierà la sentenza e il magistrato inchinandosi a quel responso dovrà pronunciare l'assoluzione o la condanna.

3. Prima di esporre il sistema probatorio che i Longobardi introdussero in Italia, non sarà inutile ricordare come in conformità alla regola della personalità del diritto, non tutte le forma del processo germanico si applicarono ai Romani: per es. ognuno giurava secondo la propria legge (1): i termini della prova variavano secondo la nazionalità di chi doveva provare (2): ognuno difen-

(1) Liutpr., 91; Aripr. et Alberti: *qualiter homines diversarum legum res suas definiant*, ed. ANSCHUTZ, pag. 189, 190.

(2) Capit. Aquense, an. 806, c. 2, pag. 156 (L. langob. Pipini, c. 43);

Digitized by Google

deva la propria libertà *secundum suam legem* (1): il duello restava mezzo di prova solo pei Longobardi (2). Certo quando e dove il sentimento della nazionalità si offuscò, e le famiglie confusero le origini diverse, caddero anche questi privilegi accordati dalle leggi, e tutti si piegarono sotto una procedura uniforme.

§ 2. *Il giuramento.*

4. La prima prova di cui parlano le leggi longobarde è il giuramento, che è prestato dall'attore, dall'accusato, dai testi, dai congiuratori: giuramento prestato sui Vangeli, sulle reliquie, *ad arma sacrata, ad arma* (Roth. 359), e le armi sono quelle del giudice *sicut mos est apud homines* (3). Anticamente si giurava davanti all'assemblea, nel placito, poi il giuramento fu prestato nelle chiese, sugli altari (4): o *in manum parentis sui aut conliberti sui* (Roth. 368), però generalmente davanti al giudice (5) e a liberi (6).

Il carattere del giuramento deferito al convenuto è decisorio (7) e anche tale è il giuramento di purificazione imposto dalla legge più spesso al convenuto per liberarsi dall'accusa che gli è mossa. La legge presuppone che egli abbia la scienza di ciò che gli è rimproverato, e se è innocente, non esiterà a giurare (*se idoneare*).

Insorgendo una lite, l'interesse, il timore degli avversari, il sentimento di giustizia, la necessità della pace pubblica impongono una soluzione. Si presenta spontaneo il ricorrere a un accordo fra i contendenti per decidere quale soddisfazione od indennità dare o come provare l'innocenza di colui su cui cadono i sospetti. In generale l'attore accusa per scienza propria o su semplici indizi e gli mancano affatto i testimoni, poichè in caso contrario

---

Form. ad l. lang. Ottonis II, c. 6; Form. ad l. lang. Ludovici Pii, c. 3: *et tum probator habeat inducias... si Langob. est; ceteri vero secundum legem suam.*

(1) Capit. Pipini, a. 783, c. 4, pag. 192.

(2) Alberti, p. 188, pag. 163.

(3) Form. turonens., 50; Lex Baiuw., XVII, 6.

(4) an. 940: *Cod. diplom. caietan.*, I, n. 48.

(5) an. 1032: *R. Archivii neapol. monum.*, IV, n. 355.

(6) Troya, n. 632, 757, 763.

(7) an. 765: *prebeant sacramenta... et esset causa finita*; Troya, n. 703; an. 752: *ut pars monasterii praeberet sacramentum et iurantes dicerent*; id., n. 677.

Digitized by Google

vi sarebbe stato una sorpresa in flagrante e quindi quella procedura di cui si è parlato. Se vi fosse qualche teste, questo si confonderebbe colla propria parte, stante l'intimo legame che congiunge fra loro i membri dei singoli gruppi. Perciò l'offeso si lagna solo del torto fattogli, indicando l'autore presunto. Questi è sotto un'accusa della quale deve liberarsi.

La liberazione avviene col giuramento di purificazione. L'Editto elenca i casi in cui deve essere prestato e il modo, e quasi sempre lo congiunge al duelllo: *per sacramentum aut per pugnam.* Il giuramento o è prestato dalla parte o assieme a questa giurano altre persone, e se queste sono in numero di 12, si ha il *plenum sacramentum*, e i giuranti sono indicati come *legitimi* (1), e sono generalmente *parentes* chiamati a quest'ufficio (2). Infatti il loro intervento avviene per lo più in questioni famigliari, di mundio, di sponsali (3), o in questioni più gravi, in caso di sospetto di uxoricidio, di incendio doloso, di incitamento allo spergiuro. Al giudice è lasciato anche, secondo l'importanza e la gravità dell'accusa, stabilire il numero dei congiuratori, che varia secondo il valore controverso, *iuxta qualis causa fuerat* (4). Inoltre a Benevento si distingueva fra convenuto che fosse nullatenente e quello *qui aliquantula substantia habet* (5). Questi doveva presentare congiuratori: il primo giurava da solo, quasi nella presunzione che oltre i beni non avesse parenti o quasi congiungendo la veracità dei congiuratori ad una certa capacità economica.

L'accusato giura per difendersi da un'accusa, per mostrare la sua buona fede (6), la sua ignoranza, l'assenza del dolo (7), che non si è colluso con altri a danno dell'accusatore (8). Così giura il giudice che ha bene vegliato agli interessi del fisco (Liutpr. 59): giura il mundualdo per la donna che ha recato danni (Liutpr. 146): giura chi ha ucciso animali di altri che avevano recato danni al proprio fondo (Liutpr. 151). E anche l'omicida *si se*

(1) Liutpr., 72.
(2) Roth., 202; Grim., 7; Adelchis, 7.
(3) Roth., 179, 164, 165, 166.
(4) Cfr. *Liber papiensis*, ad Liutpr., 72.
(5) Principis Benevent. leges et pacta, 1.
(6) Roth., 229-231.
(7) Roth., 265, 269.
(8) Liutpr., 43: *Et si de conludio pulsatus fuerit, satisfaciat ad evangelia quod nullum conludium cum alio homine de ipsa causa factum habeat.*

Digitized by Google

purificaverit sit exsolutus a culpa homicidii (Roth. 12). Il giuramento presso i Longobardi ebbe grandissima importanza: oltre i numerosi casi in cui la legge lo imponeva (1), esso serviva a esonerare il padrone del servo e dell'aldio per la presunta responsabilità di lui (2): con esso si risolvevano le controversie di libertà e di parentela, si valutavano le cose da indennizare (3), si componevano le inimicizie (4), si decideva sulla figliazione illegittima (5), sulle successioni, sulla legittimità del possesso, sulla prescrizione, sui luoghi sacri, ecc. (6).

5. La forma del giuramento di purificazione cadeva sulla verità cioè sulla esistenza o no del fatto: *quod hoc non fecisset — quod non fuit fideiussor — quod non misit negligentiam*, ecc. (7): oppure in modo positivo *quod compositum sit — quod se defendendo occidit* (8): donde la conseguenza che il giurante si libera dall'accusa rivoltagli (9). Il diritto e il dovere a tale giuramento non si limita solo al fatto proprio, ma l'erede può giurare pei fatti del defunto (10), il padrone pel servo (11), il padre pel figlio (12), il marito per la moglie (13), l'avvocato per gli ecclesiastici e per le chiese (14). Si giura intorno a fatti di cui il giurante non ha conoscenza diretta: sulla sua nascita (15), sulla sua parentela (16), che il padre non promise, non fu debitore, non assentì alla frode, non mancò alla fede data (17): — che il servo non fece (18): si giura sui fatti altrui *sic*

(1) Roth., 195, 196, 197.
(2) Liutpr., 11, 50, 121; Grimoald., 3; Aist., 15.
(3) Roth., 146.
(4) Roth. 143.
(5) Roth., 153, 164.
(6) Roth., 165, 228; Grimoald., 3, 4; Liutpr., 55, 57, 70; Aist., 19.
(7) Roth., 12, 165, 166; Liutpr., 57, 81, 87; Rachis, 10; Capit. Hlotar., I; an. 829: c. 1; Form. ad Roth., 218, 344, 351, 352.
(8) Roth., 175, 230.
(9) an. 715, 840: MURATORI, VI, 367, 371; I, 503; Form. Sirmond., 30, 31, 41.
(10) Roth., 367.
(11) Liutpr., 11; Cap. Luvodici Pii, 817, c. 15; Aripr. et Alberti, pag. 178.
(12) Roth., 179, 203.
(13) Aripr. et Alberti, pag. 178.
(14) Lex langob. Lothari, I, c. 18.; Henrici, II, c. 1.
(15) Roth., 164.
(16) Roth., 153.
(17) Roth., 367, 369; Liutpr., 18; an. 715: MURATORI, VI, 369.
(18) Capit. italica an. 835: c. 5, pag. 336.

Digitized by Google

non esse (1) — che Tizio non fu conscio della frode — che alla coscienza di lui non constò che quell'uomo era servo fuggitivo (2): non solo quindi a provare la buona fede del giurante ma anche quella di altri, non solo sulla verità ma sul credere che così sia stato, cioè un giuramento *de conscientia*, opinamento soggettivo sopra fatti che non sono conosciuti nella loro realtà (3), presunzione conforme alla propria coscienza che i fatti siano avvenuti nel modo assunto nella formola del giuramento (4).

6. Per giurare è concesso un termine di 12 notti, che è prolungato per altre 12 in caso di malattia o di altro impedimento (5). Non presentandosi, il convenuto perde la causa: come la perde l'attore che, deferito il giuramento, lascia scorrere un anno senza richiederlo: *sed ille qui paratus fuerit sacramentum dare, firmiter possedeat.* Se questi muore, l'onere del giuramento passa agli eredi, anche se questi *minorem virtutem habent* (Roth. 361, 362).

Una leggiera attenuazione dell'importanza che al giuramento aveva attribuito Rotari si nota nelle leggi di Liutprando, il quale qui, come poi in materia di duello, si ispirò a maggiori concetti di logica, suggeritigli dalla civiltà italica. Così, per es., nelle controversie fra debitore e creditore fu da lui disposto che se potevano presentarsi due o tre testi che avessero assistito alla conclusione del contratto, la testimonianza loro dovesse essere ascoltata e presa a base della decisione (Liutpr. 15, 128): dando così la preferenza alla prova per testi (Rachis 5).

Ma il giuramento di purificazione non poteva essere chiesto al convenuto dall'attore, se prima questi non prestava un giuramento che egli non aveva intenzione di calunniarlo, di molestarlo, non questionava per iattanza, ma era in piena buona fede sopra la bontà del suo diritto, cioè doveva precedere il *iuramentum calumniae* o *de calumnia* o *de asto*, del quale si è già trattato.

7. Come già si è detto, questo valore decisivo dato al giuramento

---

(1) Aripr. et Alberti, pag. 181.

(2) Roth., 233, 234.

(3) Aripr. et Alberti, pag. 178. Così anche secondo il diritto feudale: v. *Libri feudor.*, II, 33, § 2.

(4) Gloss. ad lib. feudor., II, 58, § 5.

(5) Roth., 361. A queste dilazioni allude il placito del 915: *et quondam G. se inde diletaret, ut minime inde iustitiam facere voluisset et per plures placitas ipse G. diletavit iustitiam faciendum*; MURATORI, I, 487.

Digitized by Google

in genere e a quello di purificazione in ispecie ha facilmente indotto nell'opinione che il diritto germanico ponesse l'onere della prova a carico del convenuto, perchè se non giurava perdeva la lite ed era condannato: un principio così diverso dai nostri sistemi processuali ove è indifferente la prova da qualunque parte sia prestata, purchè risponda allo scopo e ove è preponderante non il punto di vista formale ma il materiale. Ma non si deve dal valore dato al giuramento e per estensione alle ordalie arrivare a una norma generale regolatrice della procedura probatoria, in quanto che il diritto barbarico sopra ogni forma di prova poneva quelle che presupponevano l'intervento diretto di Dio, che poteva col miracolo alterare le leggi naturali. Davanti al miracolo piegavasi ogni altra prova e quindi invocarlo doveva e poteva l'accusato in ogni momento della causa e definitivamente contro ogni altra prova di testimoni o documenti, così: *rogamus te Domine ut mittere digneris sanctam et veram benedictionem tuam super hoc ferrum ut sit refrigerium illud portantibus et habentibus iustitiam et sit ignis ardens iniquis*, ecc. (1). Solo chi si sentiva innocente poteva andar incontro sfidandola all'ira divina (2): e la legge puniva chi dubitava di queste prove: *omnes iuditium Dei credant absque dubitatione* (3). L'invocazione di Dio a testimone della verità giurata aveva tanta efficacia da soverchiare le altre prove e specialmente quella del duello, dove la destrezza e la forza fisica avevano tanta parte, e ad esso infatti ricorrevano le *pravae personae* (Liutpr. 71); cosicchè lo sfidante doveva giurare *quia non asto animo eum per pugnam faticare querat* (id.). Che se in Italia non tardarono i Longobardi a negare fiducia al duello e a chiamarlo mezzo di prova *grave et impium, iniustum, absurdum* (4), ciò devesi all'influenza della Chiesa e della superiore civiltà italica: ma la diffidenza e anzi il dispregio sono riservati alla *pugna* cotanto radicata nelle consuetudini longobarde (5), ma non riguardano il giuramento, al quale anche nei tribunali ecclesiastici si accordava il primo posto nell'ordine delle prove.

---

(1) Così una formola anglo-normanna del 1067-1125 pubblic. da LIEBERMANN, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 1906, I, 419.

(2) *Domine sancte, deprecor te... ut qui hoc furtum commisit, panem vel caseum hunc fauces eius gluttire non permittas*; id., I, 425.

(3) Capit. missor., 809, c. 20, pag. 150.

(4) Roth., 164, 165, 166; Liutpr., 71, 72; Grim., 2.

(5) Liutpr., 118.

Digitized by Google

8. In tutto il medio evo profonda fu la fede che Dio non avrebbe lasciato impunito lo spergiuro. L'agiografia è piena di esempi delle terribili vendette divine che seguirono a falsi giuramenti. *Manifesta est virtus b. Mariae in cuius basilicam miser sacramentum protulit* (1): — *Ille dum audacter elevat manus ut periuret, infeliciter miser irriguit. Haeret vox in gutture, lingua coartatur in fauce, vibrant labia vacua a sermone*, ecc. (2). Il giuramento che era prestato nelle chiese, sopra le reliquie dei santi, chiamava Dio e i santi a testimoni della verità, cosicchè *periuri iusto Dei iudicio a demonibus arripiantur* (3). Con tali esempi davanti agli occhi chi avrebbe osato giurare il falso? Ciò non ostante l'interesse e la malvagità spesso vincevano il terrore delle sanzioni spirituali, e concilii e leggi constatavano la *multiplex iuramentorum et periuriorum confusio per quam multae fidelium animae in toto hoc regno perditae esse noscuntur, detestanda et Deo odibilis* (4): onde si stabilirono pene corporali gravissime contro gli spergiuri (5).

D'altra parte la Chiesa che era avversa a tutti i giudizi di Dio, nemmeno era favorevole al giuramento. Nel N. Testamento era detto: *Nolite omnino iurare. Sit autem sermo vester: est, est, non, non.* Perciò vietava ai sacerdoti di giurare e solo tolleravalo nei laici in caso di necessità (6). Anche le leggi franche avrebbero voluto vietarlo a tutti, per evitare gli spergiuri (7). Così non mancavano quelli che rifiutavansi di giurare, preferendo rinunciare alla lite e perdere. Le leggi longobarde rispecchiano questo stato di animo colle parole: *si sacramentum dare non praesumserit — si non au-*

---

(1) GREGORIUS TURONENSIS, *Hist. Francor.*, VIII, 40: *In gloria Martyrum*, 19: *In urbe T. est ecclesia s. M. in qua periuribus ultio divina apparuit. Quidam cum ad periurandum in hac ecclesia fuisset ingressus, at ubi manus ante altare stans sursum extulit ut sacramentum mendax proferret, statim resupinus ruens ita caput in pavimentum contulit ut vix vel vivens erigi posset. Ad se autem reversus dolum periurii publice patefecit. Vidimus quosdam periurasse qui ita divino iudicio condemnati sunt ut in ipsius anni curriculo finirentur a saeculo.*

(2) GREGOR. TURON., *De virtut. S. Iuliani*, c. 19.

(3) Così nel canone 39 del Concilio di Meaux del 847, in BORETIUS, II, 407.

(4) Id., c. 39.

(5) Capit., 799, c. 3; *Conc. Romanum*, an. 826, c. 13, id., pag. 373.

(6) *Conc. Tribur.*, a. 895; c. 21.

(7) Capit. Ludovici, c. 6, pag. 336.

Digitized by Google

saverit iurare (1). La rinunzia a giurare è frequente, o avviene che la parte che non è disposta a giurare pretende il giuramento da quella che l'aveva deferito (2). Si dichiara apertamente che « si teme di spergiurare » (3): o si declina perchè non si può contestare il giuramento presentato (4): e ciò è espresso colla frase *audere nolebat taliter ambulavit* (5).

9. I documenti ci mostrano persone a cui il giuramento era deferito, essere perplesse: « i vangeli sono pronti *sed antequam sacramentum ipsum fieret, colloquio nostro et aliorum hominum... horta est convenientia* » (6). Una parte alla presenza degli astanti al tribunale *recordatus est ut cognosceret exinde veritatem omnes qui ividem aderant*. E allora rinuncia al giuramento *quia manifesti sumus apud nos nullam habemus* (7). Ecco un attore che invitato al giuramento *dimisit spontanea voluntate ipsum sacramentum... et promissionem emisit ut pro hac causa aliquando non revexaret* (8). I documenti menzionano anche testi *non ausi iurare* (9). Il convenuto non ha documenti, nè testi: e nemmeno osa giurare della sua libertà (10): i testi prodotti non possono dare alcuna prova, e allora la parte stessa rinunzia al giuramento (11). Nel 1013 il giudice alla parte che dichiara non poter provare per carte o per testi ordina di giurare: *perge ad s. evangelia et iura si ausus es... Non audeo... Quare non? Quia timeo me periuriare ne anima mea incurrat periculum*. Invece l'altra parte si dichiara pronta a giurare e senz'altro è dichiarata vincitrice (12). Il giudice concede

---

(1) Roth., 248, 344, 345; Liutpr., 28; an. 705: TROYA, n. 619; an. 902: MURATORI, V, 309; an. 1130: *R. Arch. neapol. monum.*, VI, n. 610.

(2) an. 1091: id., III, n. 237.

(3) an. 1026: FANTUZZI, IV, n. 21.

(4) an. 902: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 115; an. 962: id., II, n. 261.

(5) an. 937: *R. Arch. neap. monum.*, I, n. 27; an. 994: MURATORI, *Ant. estensi*, I, 138; GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, n. 73.

(6) an. 1061: *Cod. dipl. cavens.*, VIII, n. 1321; an. 786: MURATORI, I, 533.

(7) an. 981: *Cod. dipl. caietan.*, I, n. 80; an. 994: *R. Arch. neapol. monum.*, III, n. 237; an. 1025: FANTUZZI, IV, n. 21.

(8) an. 753: TROYA, n. 677.

(9) an. 749: TROYA, n. 623; an. 807, 845, 847, 857 di Lucca: MURATORI, I, 505, 535, 537, 557; an. 865: id., I, 496; an. 945 di Reggio: id., I, 463; an. 965 di Milano: I, pag. 773.

(10) an. 880: MURATORI, I, 350.

(11) an. 856: id., I, 507.

(12) FICKER, IV, n. 43; an. 998: *Reg. di Farfa*, III, n. 426; an. 1119:

Digitized by Google

dilazioni al giurare, purchè chi deve giurare dia *wadia de constituto*, di *remeare ad placito* (1). Il teste non è certo: *volo habere diem*. Gli è accordato *et postea vide mittendum rationem* (2). Davanti al papa nel 1060 il convenuto confessa *se de hac causa consiliatum non esse, proinde si d. papae placeret alium sibi certum terminum daret* (3). Se il giuramento non è prestato, si ha il *sacramentum ruptum* (4), e la causa è perduta per chi doveva giurare. I testi possono anche essere interrogati senza pretendere da essi il giuramento: in tal caso potendosi avere testi dell'attore e del convenuto, al giudice non resta ché definire la controversia, sottoponendo i testi alla prova del duello: si scelgono campioni dall'una e dall'altra parte, e il teste vincitore darà causa vinta alla parte che l'ha prodotto (5).

Tale rinunzia si compiva solennemente e davanti al tribunale e colla consegna del *launegild*, rito di origine longobarda che trovasi anche in doc. del sec. VIII (6), del tutto rifugiatosi nell'Italia meridionale, un poco nel monastero di Farfa, ma quasi esclusivamente a Cava, asilo fedele di alcuni riti longobardi (7). Il *launegild* così prestato significava rinunzia ad ogni diritto, confessione della colpa, riconoscimento dell'obbligo di un indennizzo (8). Anche in questi casi era dato un mantello, una camicia, un paio di guanti, un cavallo (9). Esso era prestato anche nel caso che

---

noluerunt iurare et inventi sunt fallaces; GIULINI, *Mem. di Milano*, V, 548; an. 1020: *Cod. dipl. cavens.*, V, n. 725.

(1) an. 815, 847, 873; MURATORI, I, 505, 503, 527; an. 858: id., III, 1033.

(2) an. 857: id., I, 557.

(3) FICKER, n. 67.

(4) *Liber papiensis*, Expos. ad Roth., 363.

(5) an. 1135, Pisa: *tunc eligatur unus* (teste) *ex una parte et alter ex altera parte et quis verius dicat bello discernatur*; MURATORI, III, 1156.

(6) an. 753: *Regesto di Farfa*, II, n. 34.

(7) an. 902, 954, 975, 1017-1022, 1064: *Cod. diplom. cavens.*, I, n. 115, 116, 184; II, n. 302, 377; IV, 702, 717, 725; VIII, n. 1321, 1381; GATTULA, I, 68; MURATORI, VI, 227; FICKER, IV, n. 48; an. 932: *R. Arch. neapol. monum.*, I, n. 16.

(8) Liutpr., 56: *si aliquit pro sagramentum suum dederit, habeat ipse cui dederit*; Rachis, 8: *qui pro opinionem suam iurare nolebat, dabat pro sacramentum suum aliquid et habebat damnietatem sine causa*.

(9) an. 773: *Reg. di Farfa*, II, n. 83, 184; an. 875, 902, 928, 954, 976, 982: *Cod. diplom. cavensis*, I, 79, 114, 116, 148, 184, 288, 337; an. 1017: id., IV, n. 700.

Digitized by Google

chi doveva presentare testi, mancasse a ciò (1). Così la perdita della lite pel giuramento non prestato (2) si suggellava, oltre che con una sentenza di condanna e con documento giudiziario in favore del vincitore, anche con un atto di rinunzia e sottomissione del perdente. Nello stesso modo l'attore poteva condonare al convenuto il giuramento, ma in segno che questi si dichiarava perdente, pretendeva la consegna del *launegild* (3).

10. Il giuramento di purificazione dell'accusato o convenuto, superando ogni altra prova, doveva rendere inutile il giuramento di testimoni: e infatti nel diritto barbarico la prova per testi fu ammessa in via eccezionale, per servire a prova futura o in casi di flagranza e solo quando il teste dicesse avere conoscenza diretta dei fatti che vide (4). Quindi egli giurava la verità oggettiva di ciò che vide, che udì, che avvenne alla sua presenza, che il contenuto della sua deposizione giurata era vero (5). Anche quando confermava con giuramento l'affermazione giurata della parte, era inteso che l'attestazione sua si riferisse al fatto e non alla credibilità della parte: *veritatem dico et non mentior*: così sopra fatti pei quali sono interrogati 73 testi presentati alla inquisizione giudiziaria del vescovo di Siena nel 715 (6). È chiaro perciò che se i testi delle due parti erano in contraddizione, solo il giudizio di Dio poteva risolvere da quale lato fosse la verità (7). Che se erano concordi in quel numero prescritto dalle leggi, veniva raggiunta la prova piena e ai risultati di essa doveva attenersi il giudice (8). Soltanto le leggi prescrivono i requisiti dei testi, la loro qualità di liberi, di

---

(1) an. 773: *Reg. di Farfa*, II, n. 83: *T. cum cognovisset veritatem ipsorum testimonii... ipsum sacramentum donavit et recepit a A. laune manicias parium unum.*

(2) an. 1013: FICKER, IV, n. 43.

(3) an. 951: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 180, 184; an. 753: *Reg. di Farfa*, II, n. 34; an. 932: *R. Arch. neapol. monum.*, I, n. 16.

(4) Liutpr., 79: *habeat testimonia in quorum praesentia (caballum) comparaverit.*

(5) an. 796: FICKER, IV, n. 3: *scio A. esset servus*, ecc.; Form. ad l. Ludovici Pii, c. 3: *Hoc sapio et illic fui ego quando P. sponsavit M. filiam suam ad M.*

(6) TROYA, III, n. 406.

(7) Capit. ticinense Karoli M., a n. 801, c. 9; Ludovici Pii, an. 817, c. 10; Capit. papiense Lothari I, an. 832, c. 11, pag. 267, 290, 61; Aripr. et Alberti, pag. 170.

(8) Liutpr., 8: *Si... homines boni tres aut quattuor interfuerint, non reprobetur postea ipsa causa*; Rachis, 5: *iudex... stare debet.*

Digitized by Google

possessori di terre per dare garanzie sia della loro moralità e credibilità che della loro scienza. Della loro scienza giurano essi parola per parola — *iurati dixerunt* (1): degli altri requisiti dà attestazione giurata colui che li ha prodotti in giudizio, e questi dopo confermerà con altro giuramento la deposizione dei testi (2).

La pratica italiana conservò questo principio del *scire* da parte dei testimoni, quale è riprodotto nei *Libri feudor.*, ove è disposto che i testi depongano solo delle cose *quae sub praesentia eorum acta esse noscuntur* (3). Anche le sentenze dei sec. XI e XII sono pronunciate su quello che i testi sapevano e avevano udito, sulla piena conoscenza della verità oggettiva *de eo quod scriverunt* — *de veritate quod sapiunt* — *de eo quod de causa scivit in omnibus veritatem dixit:* quindi giuramento *de scientia et de veritate* (4). Avverrà poi sotto l'infiuenza del diritto romano l'accoglimento della testimonianza *de auditu*, alla quale la Chiesa prestò fede (5), mentre nel diritto germanico dall'aver udito non nasceva alcuna responsabilità, e perciò nemmeno al giudice l'obbligo di credere al teste *de auditu* (6).

§ 3. *I congiuratori.*

11. Il convenuto giurava anticamente sopra armi consacrate, poi su sante reliquie o sul Vangelo: e con lui giuravano altre persone, che sono indicate coi nomi di *iuratores*, *coniuratores*, *sacramentales*, e in lingua longobarda *aidi*. A questa funzione di congiuratori erano chiamati solo i maschi, e alle donne si applicava il divieto di non *mulierem in sacramento mittere* (Liutpr. 93): —

(1) Form. ad Ludov. Pii, c. 3: *iurent testes unusquisque; Hoc sapio.*

(2) an. 845, Trento: l'avvocato del Mon. *iuravit et confirmavit testes suos ut qualiter testes eius de ipsa causa testimonium dixerunt sic fuisset veritas*; MURATORI, II, 971.

(3) lib. II, 4, c. 5.

(4) an. 963: CAMPI, *Storia eccl. di Piacenza*, I, n. 56; UGHELLI, IV, 96; an. 963: GATTULA, I, 308; an. 969: *Cod. diplom. cavensis*, II, n. 261; an. 998: GALLETTI, *Primicerio*, n. 21; *Regesto di Farfa*, III, pag. 426; an. 1034: *Cod. cav.*, V, n. 867; an. 1049: GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, n. 144.

(5) c. 7, § 3, Cau. II, q. 1; c. 5, Cau. XXXV, q. 6.

(6) Lex long. Pipini, c. 41: *quicumque latroni mansionem dederit... iuret quod latronem eum fuisse nesciret... Si autem audivit quod latro fuisset at tamen nescit firmiter, aut iuret solum nec per veritatem nec per mendacium latronem esse.* Nella form.: *ego nesciebam — Audivi et nescio firmiter.*

Digitized by Google

i maschi maggiori di età e *sui iuris* (1) e liberi (2), e forse anche della stessa condizione del convenuto (3): così se questi era un chierico i suoi sacramentali dovevano essere chierici (4).

Inoltre dovevano essere della sua nazione, anzi meglio *vicini circumanentes* (5), *propinqui, de suo genere*, parenti *proximiores qui nascendo sunt*. Metà dovevano essere della parentela, metà liberi a scelta (6): e in Italia i doc. notano la qualità di parenti dei congiuratori (7). Dovevano essere uomini di buona fama *qui boni testimoni sunt in plebe, quibus fides amittitur, quorum fama nunquam maculata est, testimonia bonos et veraces quorum opinio in bonis praecellat operibus vel quibus princeps vel iudices credere possent* (8), quindi non mai spergiuri nè colpiti da infamia (9).

Presso i Longobardi l'*adfratatio* fra gli altri scopi aveva anche quello di assicurarsi dei congiuratori. Perciò Rotari (362) li chiama *confabulati*, persone *inter se obligati ut iuramento se adiuvent* (10).

12. In quanto al numero di essi il sistema era vario secondo le leggi. Il numero di 12 costituiva il *plenum iuramentum* presso alcuni popoli; ma presso altri si richiedevano 24, 36, 48, 72 congiuratori, il che mostra che il 12 (*duodecima manu iurare*) era il numero base, che era moltiplicato per 2, 3, 4, 6: come anche diviso per 2, per 3, per 4, avendosi casi in cui bastava il giuramento di 6, 4 e 3 persone. Il loro numero dipendeva dall'importanza della causa *secundum qualitatem pecuniae, pro qualitate damni, secundum quod debuit solvere, iuxta pretium capitalis* (11).

---

(1) Admon. generalis, 789, c. 64, pag. 58: *ut parvuli qui sine rationabili aetate sunt non cogantur iurare.*

(2) Roth., 164, 359, liberos sacramentales; Capit. Hludov. Worm., 829, c. 3, pag. 11: *coniuratores esse possunt quia liberi sunt.*

(3) *Cum 35 iuratoribus suae conditionis; cum duobus nobili et uno libero*; Lex Frision., I, § 8; 3, § 3.

(4) an. 952: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 181. Cfr. an. 715: MURATORI, VI, 367; BRUNETTI, I, n. 9; TROYA, n. 407.

(5) Form. Andagavens., 28; Liutpr., 61.

(6) Roth., 359, 360, 362; cfr. Grimoald., 7; an. 902: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 114, 116: *habuit parati ipsi aliis suis parentibus volendo ipsa sacramenta firmare.*

(7) an. 952, 985: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 180; II, n. 377: *iusta legem suam suis parentibus iuraberit.*

(8) Liutpr., 8; Aist., 16; Rachis, 5; Capit., 809, c. 1.

(9) Admon gener., a. 789, c. 64, pag. 58; Cap. ital. incerta, 814-840, c. 4, pag. 114

(10) *Liber papiensis*, ad Roth., 363.

(11) Lex Baiuw., IX, 2; Lex Frision., II, 11; Lex Angl. et Werin., 52.

Digitized by Google

L'Editto di Rotari fissò una scala da 2, 5, 11, secondo che la lite era meno di 12 soldi, poi da 12 a 20, se superava i 12 soldi. E un patto fra Lotario I e Venezia dell'840 prese un altro criterio: *quantae sint librae tanti sint etiam iuratores*, ma senza superare i 12 (Cap. II, c. 34). La determinazione del numero dipendeva anche dal fatto se l'attore prestando il *iur. cal.* si faceva assistere da altre persone: altrettante ne doveva presentare il convenuto. Infine la *Lex rom. utin.* allude a una pratica che non è confermata da altre testimonianze, cioè che delle due parti era ammessa a giurare quella che presentava le persone più chiare per ricchezza e nobiltà: *ambe partes in placito iuratores presentare debent et qui meliores aut plus iustas personas habuerit, ipse iuret* (XXIV, 1). Forse questa pratica contraddiceva a disposizione carolingia che non richiedeva di avere *proprium* per essere congiuratore (1): ma era in armonia con quelle che richiedevano un grado di ricchezza per essere testimoni.

Nei documenti italiani è quindi vario il numero dei congiuratori; troviamo un attore che giura con dodici sacerdoti (2) e un altro con dodici laici (3), un convenuto che si purifica coll'assistenza di undici persone (4), e da questo numero alto si passa a sei (5) a cinque (6) e perfino a tre (7). Vi sono anche esempi in cui il numero supera quello di dodici (8). Qualche carta dice semplicemente che giurò assieme ai *parentes* (9).

La formalità di questo giuramento è bene descritta dalla Lex Alaman., VI, 4: *illi coniuratores manus suas super capsam ponant et ille solus cui causa requiritur verba tantum dicat et super omnium manus manum suam ponat ut sic ille Deus adiuvet vel illae reliquiae ad illas manus quas comprehensas habet.*

(1) Capit. Worm., pro lege habenda, 829, c. 6, pag. 17.

(2) an. 850: MURATORI, VI, 389; GALLETTI, *Primicerio*, n. 3; MURATORI, *RISS*, II, 2, 375.

(3) an. 1012: FICKER, IV, n. 42; an. 1115: MURATORI, *Antich. estensi*, I, 314.

(4) an. 886, a Capua: RINALDI, *Mem. storiche di Capua*, II, 282; an. 976: MURATORI, *RISS*, I, 2, 460; an. 1013: MURATORI, *Ant. est.*, I, 88.

(5) an. 715: MURATORI, VI, 367.

(6) an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40: *cum quintas personas iurare*; *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 114.

(7) an. 1026: FICKER, IV, n. 49; an. 915, a Teano: *cum 3 scariones*; GATTULA, I, 88.

(8) an. 850: *Cod. dipl. Langob.*, n. 110; *Reg. di Farfa*, II, n. 270, 286; MURATORI, III, 797.

(9) an. 902: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 116.; an. 985: id., II, n. 377.

Digitized by Google

13. La sentenza preparatoria stabiliva il punto su cui i congiurati dovevano testare e ciò in maniera ben precisa: *secundum legem iurare ut ipsa casa ille per triginta annos possedisse* (1) — *dixerunt quod causa ipsa scirent et sacramentum ipsum iurare volerent — scio quod hominibus de predictis locis per* 40 *annos habuerant consuetudo* ecc. (2): e le parti sono di accordo per la *wadia* che il giuramento così prestato metterà fine alla causa; il che era naturale dopo che anche l'attore aveva accettato non solo questo genere di prova, ma anche le persone che lo dovevano prestare, avendo riconosciuto che avevano i requisiti voluti dalla legge, erano cioè *legitimi coniuratores*, avendo anche la facoltà di sceglierli egli stesso per la metà (3). Sopra questo punto va notato che la scelta come diritto del convenuto giurante era solo riconosciuta dalle leggi alamanne e anglosassoni del sec. X e in due Capitolari franchi (4) e non dalle altre leggi barbariche. Invece un esclusivo diritto di scelta da parte dell'attore era riconosciuto dalla legge bavara, ma non si può stabilire in quale estensione. Presso i Longobardi fu ammesso un diritto di elezione da parte dell'attore, moderato da un libero diritto di ricusazione da parte del convenuto. Ma non mancano documenti dai quali risulta che tutti i congiuratori erano presentati dal convenuto (5). Che se l'assistere il parente nelle sue liti giudiziarie era dovere famigliare, derivante dalla solidarietà che legava tutti i membri di un gruppo gentilizio, si deve ritenere che questa ultima forma fosse l'originaria, e che solo dopo che il giuramento di purificazione coi congiuratori divenne un espediente contrattuale fra le parti, in conseguenza di un accordo fra esse di dare cioè la vittoria al convenuto, se poteva giurare

---

(1) an. 840: *qualiter... proprietas fuisset predicti P. et per* 40 *annos pars monasterii possedisset ad proprietatem*; MURATORI, I, 503.

(2) an. 715: MURATORI, VI, 367; TROYA, n. 407; an. 724: id., n. 827. an. 892: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 982 e VI, 2, n. 48; MURATORI, I, 534; id., *RISS*, I, 2, 420.

(3) an. 715: MURATORI, VI, 367; BRUNETTI, I, n. 9; LAMI, *Ecclesiae florent. monum.*, I, pag. 311; TROYA, n. 407.

(4) Pactus Alamann., I, 4; II, 2, 39; Decr. Childeberti, ed. BEHREND., *Lex salica*, pag. 100; Capit. Hludov., 814-840, c. 2.

(5) an. 761: *Cod. dipl. di Farfa*, II, n. 45; TROYA, n. 457; an. 840: *iudicatum est ut ipse Andreas advocatus* (il convenuto) *diceret iuratus ad Dei Evangelia cum suis sagramentalibus iuxta Leges qualiter... proprietas fuisset predicti Iacobi et per* 40 *annos pars monasterii S. Iacobi possedisset ad proprietatem*; MURATORI, I, 503.

Digitized by Google

coll'assistenza di molte persone, si concluse che egli potesse e dovesse scegliere i suoi congiuratori.

Perciò nei diritti germanici trovansi entrambi i modi di scelta: o presentati solo dall'attore per metà, o dal convenuto per intero: in questo caso i congiuratori assistono il convenuto: nel primo caso partecipano al giudizio come giudici sulla controversia; e poichè il diritto longobardo presuppone un accordo delle due parti dato con *wadia* su questo genere di prova e risoluzione della lite, si comprende il diritto di scelta dell'attore e di ricusa del convenuto. Così si spiega anche perchè le fonti parlino di *coniuratores electi* e di *advocati*: questi sarebbero i chiamati dalla parte che aveva bisogno della loro assistenza: quelli sarebbero i nominati dall'attore o dal tribunale; e quindi il loro nome di *medii electi* quando per metà erano scelti dall'attore. Nel caso degli *advocati*, essendo il loro intervento facilmente sospetto, la controparte poteva presentare un numero eguale di *advocati* o anche superiore *de suos* (dell'attore) *consimiles tres* (1). Essi giuravano anche senza pronunciare parola, ma solo stendendo la mano, mentre giurava la parte che copriva colla sua destra quella dei congiuratori (2).

14. Il giuramento loro era prestato davanti al tribunale, alla presenza del giudice (3), e per la legislazione carolingia i congiuratori lo dovevano prestare singolarmente, uno dopo l'altro (4), assistendovi le parti, talchè era dichiarato senz'altro perdente chi dei due non era presente, e se mancava l'attore, il convenuto non era più obbligato a giurare assieme ai suoi, come anche se lasciava passare un anno dal giorno in cui aveva promesso di intervenire alla dichiarazione giurata: *si ille qui wadiam susceperit, dilataverit sacramentum audire et annum totum protraxerit ille qui paratus fuit sacramentum dare, firmiter possedeat* (5).

15. Non risulta chiaro dalle leggi se il giuramento di essi era *de veritate* o *de credulitate*, cioè se giuravano che il convenuto diceva il vero e che essi sapevano che i fatti erano quali egli affer-

(1) Pactus Childeberti et Cloth., c. 2 e 8 (PERTZ, *Leges*, III); Lex Alamann., tit. XXX e LXXVI.

(2) Lex ripuar., LXVIII, 3.

(3) an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40; an. 820, id., n. 20; MURATORI, I, 511; an. 829: *Regesto di Farfa*, II, n. 270; an. 952: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 180.

(4) Capit. Olonn., 825, c. 8, pag. 310.: *ut iuratores omnes singuli iurent.*

(5) Roth., 361; cfr. Lex Burg., VIII, 5; Form. Andec., 14.

Digitized by Google

mava essere: *sic esse*; oppure che essi ritenevano che si dovesse credere al giuramento del convenuto, che meritava fede: *quidquid iste iuravit verum et idoneum iuramentum iuravit* (1). Non è identico il significato di questo giuramento per tutte le leggi germaniche, e mentre alcune vi hanno attribuito quest'ultimo valore, altre invece vi collegarono il valore di una vera attestazione: *quod factum quod obicit verum sit* (2) — *de illa causa unde interpellatus est culpabilis non sit* (3); e il diritto longobardo sarebbe in questo senso: *quod ipse* (*appellatus*) *iuravit, verum iuravit* — *non iuramus tecum quia tu fecisti hoc malum* — *debent adesse tres liberi homines qui dicant se vidisse eam chartam et ipse sit quartus et octo liberi* (4) — *quia istae cartulae veraces sunt* (5) — *quia istae cessiones quae ostendimus veraces sunt: iuret pars nostra cum sex hominibus quales vos volueritis ad sancta Dei evangelia dicentes: ut cartula ipsa verax sit* (6). Il che era conforme a Roth. 153: *prebeat sacramentum... sic fuit* e a Liutpr. 61, dove si parla di *certam veritatem* che deve giurare e *quod animam suam timendo non presumat sacramentales esse*. In conseguenza i congiuratori sono trattati come spergiuri *cum scienter delinquerunt* (7), perchè essi devono *cum eo munditer* giurare (Liutpr. 61). Quindi nel diritto longobardo il giuramento dei congiuratori era *de veritate, scire sic esse* (8): e sotto i Carolingi la formola ordinaria del giuramento per tutti suonava: *sicut illum Deus adiuret et sancti quorum iste reliquiae sunt ut veritatem dicam* (9), o si aggiungeva: *verum ut Deus* (10).

Non è però possibile dire se sempre abbia conservato questo carattere, e piuttosto si dovrebbe andare nella negativa desumendolo dal patto concluso fra Veneziani e re Berengario nel 927

(1) Form. Sirmond., 41.

(2) Capit. Salic., IV, 2.

(3) Lex Alamann., Karol., VI, § 4.

(4) *Liber papiensis*, Form. ad Roth., 361; ad Liutpr., 60; ad Wido, 6, 9; Henric. I, 2.

(5) Pactiones de Leburiis cum Neapol., 9.

(6) Pactum Gregorii ducis, 3, 6.

(7) Alberti, II, 51.

(8) an. 892: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 1, n. 982: *dixerunt quod causa ipsa scirent et sacramentum ipsum iurare volerent*; MURATORI, I, 534.

(9) Capit. aquens., 803, c. 72, pag. 135.

(10) *Liber papiensis*, Form. ad Roth., 361.

Digitized by Google

quando, confermati i possessi e i diritti di quelli nei territori del regno, fu detto che se nasceva controversia e si dovesse definirla con giuramento, questo dovesse prestarsi *per electos duodecim iuratores et cuiusque gentis sit homo ille homo cum quo dux contentiones habuerit, de illo comitatu eligantur ubi causa requiritur* (1); dal che risulta che si era abbandonato il principio che i congiuratori dovessero essere del luogo natio, dove la lite e la verità erano certo note, divenendo così un *iur. de credulitate*.

In quanto alle formole del giuramento va ancora notato che gli Ebrei giuravano secondo i loro riti (2). Pei chierici, si è detto, erano dispensati dal giurare, bastando una dichiarazione solenne (3).

Nel sec. X variarono le formole del giuramento invocandosi oltre Dio e i santi il nome del papa e dell'imperatore: *per Deum omnipotentem sanctaeque sedis ap. et principatum D. Ottonis n. imp.* (4), il che era vietato per le leggi franche (5): — e nel Napoletano giuravasi in nome di Dio e del duca (6). Così il rappresentante giurava sull'anima del rappresentato (7).

16. Come il giurante principale, così anche i congiuratori potevano essere accusati di spergiuro, e convinti incorrevano nel taglio della mano sempre che non potessero provare la loro buona fede. La controparte poteva sfidare anche i congiuratori al giudizio di Dio e se perdevano incorrevano nella pena (8). Era dunque affar serio prestarsi a questo giuramento, e il rischio era grave: e per questo Arechis principe di Benevento (c. 1) dispose che *homo pauper absque parentibus nihil etiam habens*, interpellato in tribunale da un potente e chiamato a giurare, *solus preveat sacramentum. Si vero pauper aliquantula substantiola habuerit cum quinque secum iuret.* Notasi infatti nelle carte che, per la solennità e gravità di quest'atto religioso e per le conseguenze penali

(1) PERTILE, § 225, n. 1.

(2) Capit. de Iudaeis, c. 4, pag. 258.

(3) Capit. ticin., 801, c. 19, pag. 232.

(4) Così nei placiti tenuti a Roma, an. 920, 924, 965, 1026: GALLETTI, *Primicerio*, 195, 197, 211, 260, 262, 268; *Regesto di Farfa*, n. 426, an. 1120.

(5) Capit., 803, c. 117.

(6) CAMERA, *Memorie di Amalfi*, pag. 23.

(7) *Liber papiensis*, Form. 13, Otto, c. 3.

(8) *Liber papiensis*, Exposit. Liutpr., 144; Karol. M., 10; Pipin., 43, 44; Albert., II, 55.

Digitized by Google

minacciate allo spergiuro che fra l'altro non era più ammesso a giurare [1] spesso avveniva che al momento di giurare o l'attore ritirava la domanda o il convenuto riconosceva il suo torto [2].

Probabilmente nell'antico diritto germanico la pena dello spergiuro era la morte, nè si faceva differenza se fosse colpevole di dolo o di ignoranza: ma la legge longobarda aveva diversificato la responsabilità punendo lo spergiuro col pagamento di metà del suo guidrigildo in favore di colui *cui periuravit* (Liutpr. 144) se doloso e assolvendo quegli che per ignoranza aveva giurato [3].

Il carattere formale del giuramento di purificazione, in connessione con tutto il sistema formalista delle prove germaniche, facilitava così lo svolgimento del processo, da poter dire che la sentenza non era che il verbale scritto di quanto era avvenuto durante la prova.

§ 4. *La prova per testimoni.*

17. Ma in Italia la prova per testimoni non è mai venuta meno. Le popolazioni italiche l'avevano ereditata dalla civiltà romana e la dovevano imporre ai dominatori: oltrechè la Chiesa si atteneva ad essa come la più sicura e la preferiva alle altre più facili ad attirare la malvagità umana, malgrado le pene contro gli spergiuri. La Chiesa nella sua disciplina e nei tribunali non dava valore altro che alle testimonianze e agli scritti. Fu perciò che i Longobardi accolsero presto l'uno e l'altro mezzo di prova, volendo che agli atti solenni, quali le manomissioni, le donazioni per causa di morte, assistessero testimoni, la cui parola potesse all'occorrenza essere invocata: come chiamarono testimoni ad assistere ai giudizi e a rafforzare colla loro sottoscrizione quella del notaio che redigeva la sentenza. Nelle altre leggi germaniche la prova per testi fu tollerata, quindi limitata a pochi casi, per attestare un fatto permanente, conosciuto da tutti, come il possesso di un immobile o la proprietà di un gregge, ammettendo a far

---

(1) Capit. langob., 813, c. 18, pag. 58.

(2) an. 777: FATTESCHI, n. 32; *Regesto di Farfa*, II, n. 103; an. 900: TOSTI, *Storia di Montecassino*, II, pag. 220; an. 902: *Cod. diplom. cavens.*, I, n. 115; an. 911: *Reg. sublac.*, n. 154.

(3) *Liber papiensis*, Gloss. ad Pipin., 45; Ariprand., pag. 192, ed. ANSCHUTZ; *Liber papiensis*, Expos., § 5, ad Liutpr., 62.

Digitized by Google

testimonianza quelli che avevano diretta notizia del fatto o avevano presenziato (*testes de auditu* e *de visu*). A questa seconda categoria appartenevano quei fanciulli che si facevano assistere alla stipulazione dei contratti, e ai quali perchè ne conservassero memoria si tiravano le orecchie (*testes per aures tracti*).

Nella procedura longobardo-franca i testi erano presentati dall'attore o dal convenuto. L'attore interveniva al tribunale accompagnato da testimoni (1): se il convenuto intendeva di ribattere la domanda, assumeva colla *wadia* o *per fideiussores* l'impegno di presentare i suoi testi a difesa (2) in un giorno stabilito. Se dichiarava non aver testi, doveva dirsi pronto a giurare (3): se non si presentava coi testi promessi, perdeva senz'altro la causa.

La legislazione carolingia introdusse la *discussio testium* da parte del giudice per vedere quello che essi sapevano: ciò avveniva prima che prestassero giuramento assieme alla parte che li presentava (4): e in questa *discussio* dovevano essere interrogati separatamente: *non admittantur testes ad iuramentum antequam discutiantur. Et si aliter discuti non possunt separentur ab invicem et singulariter inquirantur — testes priusquam iurent, separatim discutiantur quid dicere velint de illa re unde testimonium reddere debent* (5). Anche quando sono detti *testes iurati* si deve intendere nel senso che giuravano dopo la deposizione (*firment per sacramentum*) (6).

La deposizione cadeva sulla verità oggettiva del fatto (non sulla opinione del teste come in diritto romano). Anzitutto la domanda e la risposta erano su fatti semplici e concreti: *Terra quam A. tenet et possidet sua propria est?* (7) — vide l'uccisore? si è spento di morte naturale? chi è il ladro? l'incendiario? chi ha rotto la pace? ecc.: e nelle cause civili se la terra fu venduta,

---

(1) an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40.

(2) an. 785: MURATORI, I, 745; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 202; an. 811: *Regesto di Farfa*, II, n. 184.

(3) UGHELLI, IV, 95; an. 902: MURATORI, V, 309; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40, an. 764.

(4) an. 850: MURATORI, II, 951; *Cod. dipl. Langob.*, n. 180, 359.

(5) Cap. missorum in Theodonis villam, 805, c. 11, pag. 124; Cap. Aquisgr., 809, c. 6, pag. 146.

(6) an. 838: MURATORI, II, 979; an. 806: id., I, 379; BRUNETTI, II, I, n. 70; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 539.

(7) Form. ad Roth., 153.

Digitized by Google

donata: da chi provenne: se fu dato il *morgengab*, prestate le arre, ecc. Così, mentre il diritto romano ammetteva la prova per testi in tutti i casi dove era possibile, il germanico la ricusava per quegli atti compiuti davanti al tribunale, per quelli ai quali per assicurarsi una prova futura la legge richiedeva l'intervento di testi, e quelli pei fatti criminali a cui si era assistito. Quindi deponeva su ciò che aveva visto o udito: an. 796, *dixit: scio M. pater istorum... infra annos 30 esset servus. G. similiter dixit... Post testimonium vero reddato, ipsa testimonia unusquisque ipsorum per Dei evangelia iuratus dixerunt ante nos: sicut testimonium rededimus sic fuit certa veritate* (1). Poteva anche il teste solo aggiungere che quello che aveva giurato la parte principale era *verum et idoneum, verum dixisse*, così corroborando la dichiarazione: *veritatem dico et non mentior per ista Evang. et crucem D. N. I. Chr.*, ecc. (2). L'avversario allora era interrogato *si illi testes boni et veri sunt et receptibiles*: e se rispondeva affermativamente: *nec habeo meliores testes quos velim contra eos opponere, firmatur res ita et iurent testes unusquisque ita: Hoc sapio et illic fui ego...* (3).

18. La testimonianza è un atto spontaneo fatto o dietro richiesta della parte o del giudice, atto confermato dal giuramento: e non è quella, ma questo che fa decidere la causa (4).

Se le parti rimettevano la decisione alla prova testimoniale, e questa era naturalmente contradditoria, il giudice non aveva la facoltà di valutare l'una o l'altra e decidere secondo la sua convinzione morale, ma dovevasi ricorrere al giudizio di Dio (5). Nello stesso modo che se una parte presentava testi e l'altra dichiarava non poterne avere o se quelli presentati dichiaravano di nulla sapere, vinceva la prima (6): si raggiungeva la *convinctio per testes*:

---

(1) MURATORI, III, 1015; id., V, 312; BRUNETTI, II, 1, n. 45; FICKER, IV, n. 3.

(2) an. 715: MURATORI, VI, 378; TROYA, n. 406.

(3) Form. ad l. lang. Ludovici Pii, 3.

(4) Ariprand., ed. ANSCHUTZ, pag. 169: *cum inquisiti per iudicem, ieiuni iurare debent verum fore quod testimoniaverint*; Albert., id.; an. 800: MURATORI, I, 976.

(5) Capit. ticinense Karoli M., 801, c. 19, pag. 106; Capit., 817, c. 10; Lotharii Const. papiens., 832, c. 11, pag. 61; an. 1135: MURATORI, III, 1155.

(6) an. 806: MURATORI, *RISS*, I, 2, 410; an. 934: UGHELLI, IV, 95; an. 902: MURATORI, V, 305; an. 764: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 40. Nel placito dell'anno 749 i testi presentati rispondono nulla sapere: *Reg. di Farfa*, II, n. 22.

Digitized by Google

la causa non poteva più essere *reprobata*: *ambe partes credant* (1) e il giudice decideva *quod illi testificati fuerint* (2). I testi costituiscono una prova diretta, decisiva, il mezzo per raggiungere la verità formale, ed il presupposto è che i testi dal momento che giurarono *verum iuraverunt* (3) — *sic veritatem certa fuit* (4) — *ut qualiter testimonium dixerunt, sic fuisset veritas* (5).

Qualora una delle parti possa produrre testi, questa prova ha la precedenza su tutte, e deve in ogni caso essere esaurita prima del giuramento di purificazione (6), o prima della prova con congiuratori la quale aveva carattere eccezionale, ammessa *si certa probatio non fuerit*, o per impugnare i giuramenti e le testimonianze. Anzi nella legislazione carolingia a queste ultime fu data la preferenza; e furono allargati i casi della presenza di testi, modificate le interrogazioni, ridotto il numero di essi.

Perchè se per la maggior parte delle leggi germaniche i testi non potevano che accettare i fatti come erano presentati dalla parte o respingerli, se la loro funzione si limitava a giurare la verità dei fatti allegati nel primo caso, a non giurare nel secondo, la legislazione carolingia ammise i testi *de scientia* e *de auditu*, i quali in base alle loro conoscenze, come abitanti in quei luoghi, sono in grado di dare informazioni. Allora il giudice prende l'iniziativa della prova: domanda se l'accusato vuole produrre testi e nel caso affermativo pronuncia una sentenza interlocutoria colla quale stabilisce a nuovo placito l'interrogatorio. L'inchiesta è compiuta dal giudice dopo che l'attore non ha sollevato eccezioni sulla capacità dei testi (7). Il giudice e non più le parti li interrogano (8): e quindi rivolge quelle domande che più crede atte ad illuminarlo, *sicut sapiunt* (9). Sono ammesse le risposte

(1) Liutpr., 8, 15; Rachis, 5.

(2) Capit., 829, c. 2.

(3) Form. ad Ludovici Pii, 3.

(4) an. 796: MURATORI, III, 1015; FICKER, IV, n. 3.

(5) an. 845: id., II, 975; Ariprand. et Albertus, ed. ANSCHUTZ, pag. 168.

(6) Capit. Aquisgr. Karoli, 805, c. 11; p. 141; Capit., 817, c. 10, p. 273; Ariprand. et Albertus, pag. 168.

(7) Capit., 803, c. 11; 805, c. 11; 809, c. 6, pag. 114, 124, 148; Capit., 855, c. 1, pag. 268.

(8) Capit., 802, c. 12, pag. 210.

(9) Capit., 808, c. 3, pag. 139; Form. ad Leg. Ludovici Pii, 3: *sic dicat testis; Hoc sapio*. O come videro (testi *de visu*); an. 791: *Reg. di Farfa*, II, n. 199.

Digitized by Google

scio, memoro, recordor (1) — quali possono dare non tre o quattro testi che hanno presenziato, ma trenta persone che conoscono *de auditu* le cose come si ripetono (2). Le deposizioni si riferiscono ad avvenimenti lontani, sui quali esprimono ciò che sanno, ciò che si dice (3).

19. Intorno al numero dei testi si può dire che per le leggi longobarde occorrevano almeno due testi: esse dichiaravano valida la testimonianza fatta da due persone (Liutpr. 15): *presentia duorum vel trium testium quorum fides amittitur, in omnibus complere debeat.* Ma se eran testi *de auditu,* allora *per quinque vel septem testimonia dicant suum testimonium* (4). In ogni modo si può avvertire come prevalse per tutto il medio evo il principio: *testis unus nullus testis.* Vediamo placiti ai quali sono presentati molti testi (5), ed altri in cui il loro numero è piccolo. Una particolarità del processo italico è di vedere fra la folla raccolta in un'assemblea giudiziaria farsi avanti alcuni che vanno per testimoniare: *levaverunt se testes* (6), o il giudice rivolgersi alla folla e invitare quelli che sanno a rendere la testimonianza (7). In quanto a quelli che vengono scelti dal giudice (8), appartengono piuttosto alla prova *per inquisitionem.*

Invece le leggi disciplinano le qualità che devono avere i testi: argomento importante per la loro credibilità, presumendosi *homines credentes* quelli che erano liberi e proprietari, tanto che da questi non era necessario richiedere il giuramento dopo che avevano deposto: mentre a quelli che non godevano la fama di essere *homines credentes* o almeno non avevano possesso fondiario, il giudice imponeva il giuramento.

Adunque primo requisito per essere testi era la ingenuità.

---

(1) an. 806: MURATORI, I, 973; BRUNETTI, II, 1, n. 70.

(2) an. 838: *Mem. e doc. di Lucca,* V, 2, n. 539; an. 842: *Cod. dipl. Langob.,* n. 143, sono interrogate 20 persone; an. 845: MURATORI, II, 971, i testi interrogati dicono di aver sentito che gli antenati della parte non erano tenuti *de personis* ma solo *de ipsis rebus ubi resedebant* a *operas facere*; an. 852: id., III, 158; VI, 389; *Mem. e doc. di Lucca,* V, 2, n. 698.

(3) an. 881: MURATORI, II, 931; FUMAGALLI, pag. 489; an. 910: *Cod. diplom. Langob.,* n. 396.

(4) Capit. italic., c. 4, pag. 216.

(5) an. 969: *Cod. dipl. cavens.,* II, n. 259.

(6) an. 911: *Cod. dipl. subiac.,* n. 154.

(7) an. 998: MURATORI, I, 493.

(8) an. 777: *Reg. di Farfa,* II, n. 103.

Digitized by Google

Solo i liberi erano ammessi, non i servi, nè i manumessi, nè i loro discendenti fino alla terza generazione (1). Presso i Longobardi vi erano *laudatores* che assicuravano la libertà dei testi: *quod liberi sunt* (2). Erano escluse le donne e i minori di età (3), quelli che erano messi fuori della legge per condanna (4), quelli che non godevano di buona riputazione (5). Poi si doveva essere dello stesso *pagus*, vicini (6). I Longobardi richiedevano espressamente che i testi avessero *widrigeld et proprium* (7), e un Capit. del 829 vieta di prendere per testi i beneficiari che nulla posseggono di proprio: *de liberis hominibus qui proprium non habent sed in terra dominica resident, ut propter res alterius ad testimonium non recipiantur. Coniuratores tamen aliorum liberorum hominum esse possunt quia liberi sunt. Illi vero qui et proprium habent et tamen in terra dominica resident, propter hoc non abiiciantur, quia in terra dominica resident sed propter hoc ad testimonium recipiantur quia proprium habent* (8). Ecco perchè nel placito del 847 avendo la parte presentato testi, il giudice interrogò *si quid adversus ipsos testes haberet quod diceret. Qui dixit: De his duobus germanis nihil habeo quod contradicere quod receptibiles non sint: de isto alio autem nomine W. veritatem dico quod quia de suo proprio non habet, valentes* 150 *sol., propterea nolo ut testimonium* (*dicat*) *hoc.* Al che gli scabini osservano: *Verum nos scimus quod iste W. inter proprium et movilem amplius habet quam* 150 *sol. valentes et suum bene potest dicere testimonium* (9) — an. 881, davanti all'imp. Carlo III sono ammessi come testi 14 abitanti di Arezzo e Siena dopo che si è accertato *quod haberent widrigildum* (10): — an. 882, in un placito si accerta che i testi sono *nobiles credentes liberi arimanni* (11): — an. 864, in una lite intorno alla proprietà di un monastero furono presentati molti testimoni pei quali è consta-

(1) Capit. Pipini, an. 744 (è sospetto e non è nella raccolta di Boretius).
(2) Placiti forma glossata (PERTZ, IV, 603).
(3) Admon. generalis, an. 789, c. 64, pag. 58.
(4) Cap. leg. add., 803, c. 11; Cap. papiensia in leg. add., 816, c. 1; Cap., 819, c. 10, pag. 114, 268, 283.
(5) Capit., 789, c. 65; 802, c. 12; 805, c. 2; 809, c. 6, pag. 58, 116, 120.
(6) Capit. miss. Theod., 805, c. 11, pag. 124.
(7) Placiti forma glossata cit.
(8) Capit. Worm., 829, c. 6.
(9) MURATORI, I, 527; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 648.
(10) MURATORI, II, 951; LAMI, I, 694.
(11) *Cod. dipl. Langob.*, n. 314.

Digitized by Google

tato *habere suum widerchildum*. Eppure tutti vengono rifiutati perchè la loro sostanza in massima parte consisteva non in libera proprietà ma in terre censuarie e livellarie: quei beni che erano di loro proprietà erano così gravati per oneri pubblici (*faciente oste et parte et placito*) che non raggiungevano l'importo del guidrigildo: *et manifesti sunt quod de suorum proprietate inter mobilem et immobilem suum non haberet widerchildum* (1). Ma la scuola pavese aveva stabilito che bastasse *inter alodium ceterasque res widrigild habere*, cioè che i testi avessero tanto di beni mobili ed immobili quanto importava il guidrigildo cioè la pena in cui potevano incorrere se la loro testimonianza fosse risultata falsa (2). Il requisito della proprietà era voluto per testimoniare contro proprietari e in cause di beni, requisito che poi portò al risultato di richiedersi parità di condizione, di beni, di ricchezze, di natali quale prevalse nel periodo feudale.

Il valore della prova per testi variava secondo le persone, e consideravasi la religione, l'ufficio ecclesiastico, lo stato di libertà, il grado di nobiltà, il sesso. In conseguenza la testimonianza dell'ebreo o dell'infedele era meno apprezzata (3): la credibilità dei chierici era maggiore di quella dei laici (4): i servi non erano chiamati a testimoniare, ma facevasi eccezione pei servi delle chiese (5). Erano esclusi dal giurare le *persones viles et infames, histriones, nugatores, manceres, scurrae, concubinarii, neque ex turpium feminarum commixtione progeniti aut servi aut criminosi* (6). Dalle fonti longobarde risulterebbe anche esclusa la donna dal testimoniare, poichè potendo essa essere obbligata a provare col duello la verità della sua affermazione, la legge diceva *absurdum videtur esse ut mulier libera aut ancilla quasi vir cum armis vim facere possit* (Roth. 278). Pel diritto franco anche la donna doveva *se purgare secundum legem* (7).

---

(1) FUMAGALLI, pag. 367; *Cod. dipl. Langob.*, n. 229. Ma nel placito dell'847 (MURATORI, I, 527 e *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 648) e in quello dell'881 (MURATORI, II, 931) sono interrogati e presentati testi non possidenti.

(2) *Liber papiensis*, ad Loth., 27.

(3) Lex Wisigoth., XII, 2, 9; Form. imper., n. 30; Mon. German. Leges, V, 309; Capit. missor., 809, c. 13, pag. 152.

(4) Capit., 802, c. 20, pag. 107; Divisio, an. 870, c. 21, II, pag. 224.

(5) an. 945: *Cod. dipl. caietanus*, I, n. 47.

(6) Capit. Ludov., c. 8, pag. 334.

(7) Synod. Salisb., 800, c. 46, pag. 230.

Digitized by Google

20. I testi potevano deporre tanto su quello che sapevano direttamente quanto su ciò di cui avevano notizia per le voci correnti: e perciò siccome anche i congiuratori giuravano *de veritate* per quanto a loro constava, si può ritenere che fra essi e i testi *de auditu* non esistessero grandi differenze, quali invece si avevano in confronto dei testi che giuravano *ad praesens fuissent et oculis suis vidissent et auribus audissent* (1). In questo caso la testimonianza doveva cadere sopra un fatto concreto e certo.

Ma la pratica italiana si svolse nell'accogliere le testimonianze anche sopra fatti di cui si aveva notizia, e anche in ciò si avverte l'azione del diritto romano e del canonico: e quindi lo scambio fra *testes* e *coniuratores* (2), tanto più che nel sec. XI i congiuratori potevano giurare solo *de credulitate* e rafforzare cioè il giuramento della parte principale, quando doveva confessare che non aveva alcun altro mezzo di prova (3), *nec modo nec in antea* (4). Ecco quindi attestare di fatti remoti *quia sic ex antiquitus consuetudo fuit* (5): — an. 1077, *inquisiti sunt recordati quod sciebant et audierunt generationem de Lopis habuisse ab Ecclesia de illa terra ad pensionem* 4 *den. monstrandi et non dandi* (6). E quando il giudice chiama persone per attestare e lo fa separatamente (7) — chiede se sono disposti a farlo (8), ed essi si possono rifiutare non solo perchè non possono attestare *sic esse* ma anche perchè non vogliono assistere col loro giuramento la parte in cui favore dovrebbero giurare: — *sed dum ipsum sacramentum venissent ad faciendum dixerunt... quia non iuramus pro casalibus istis* (9) — *nullatenus iuro quod publica non fuisset ipsa aecclesia: illi alii similiter dixerunt, quia si sic iuramus preiuriamus* (10).

---

(1) Lex Alamann., 2, 1; Baiuw., XVII, 2.

(2) Così nel placito an. 915, dove *tres scariones* del mon. di Cassino giurano che esso possiede da 30 anni; GATTULA, pag. 88; an. 911: *Reg. sublacense*, n. 154; an. 902: *Cod. dipl. cavensis*, I, n. 115, dove i *parentes* sono testi e congiuratori.

(3) an. 1023: TOSTI, *Storia di Montecassino*, II, pag. 258.

(4) an. 1025: FANTUZZI, IV, n. 21.

(5) an. 1020: *Cod. dipl. cavens.*, V, n. 725.

(6) an. 1077: MURATORI, III, 1095.

(7) an. 796: *et nos eos singulatim et diligenter sub Dei timore inquisivimus*; BRUNETTI, *Cod. diplom. toscano*, II, n. 45; FICKER, IV, n. 3.

(8) an. 1121, MURATORI, III, 1137.

(9) FATTESCHI, n. 7; TROYA, n. 623, an. 749.

(10) an. 777: FATTESCHI, n. 32.

Digitized by Google

Il falso testimonio era punito col pagamento del suo guidrigildo: per altre leggi e pei Capitolari col taglio della mano, pena questa che poi restò nella pratica italiana. I testi che non avevano ancora confermato con giuramento la deposizione, pagavano una ammenda di cui due terzi andavano alla parte vincitrice e un terzo al fisco. La contraddizione fra due testi avveniva prima del giuramento loro, e un teste poteva essere convinto di falsità perchè non accettava il duello. Se la contraddizione avveniva fra testi della stessa parte, se ne rimetteva la decisione al duello [1].

§ 5. *La prova « per inquisitionem »*.

21. Questa prova era promessa con pegno o fideiussori reciprocamente dalle parti. Essa derivava dal diritto romano ed era un mezzo di prova testimoniale suscitata per iniziativa del giudice, per chiamare al tribunale persone, specialmente nelle cause interessanti il fisco, sistema che poi fu esteso alle cause in cui erano implicati enti ecclesiastici e che infine si estese a qualsiasi controversia. I testi erano scelti non più dalle parti ma dal giudice che li interrogava, a differenza dunque degli altri testi, che, come si è detto, non erano interrogati. Così si ebbe una procedura *per inquisitionem*, nella quale non più la prova si imponeva al giudice indipendentemente dalla sua convinzione, ma invece egli seguiva la sua coscienza, volendo la verità. Quindi accanto al sistema in cui la prova era fatta secondo la legge, si ebbe un'altra procedura in cui il giudice aveva la libertà di investigare, e dopo sentenziava secondo la sua coscienza.

Abbiamo detto che questa *inquisitio* è dovuta ad influenze romane: il che contestano i germanisti, e ne cercano le origini nel procedimento che si aveva nelle liti per confini, ove interrogavansi i vicini senza preoccuparsi dei testi addotti dalle parti. Però le leggi che ne parlano sono quelle di una redazione più tarda e dove l'influenza romana fu effettiva. Poi non è spiegato come poteva una inchiesta voluta per piccole liti venire applicata agli affari di competenza del re. Si è cercato un'altra spiegazione, e si è detto che la *inquisitio* derivava dal dovere di fedeltà che

---

[1] Capit., 814-815, c. 9; 816, c. 1; Capit., 832, c. 11; vedi anche Capit., 803, c. 13; 805, c. 11; 808, c. 4 (pag. 143, 139).

Digitized by Google

legava tutti i sudditi al re: in vista di questo obbligo essi erano obbligati più rigorosamente a dire la verità davanti la corte regia: spiegazione arbitraria, anzi fantastica, e a smentirla basta ricordare che il falso teste era punito nella procedura ordinaria come nella *inquisitio*. Invece questa procedura equitativa deriva dal diritto romano, e si introdusse facilmente davanti alla corte regia ove sedevano gli uomini più istruiti del regno, chierici e laici. Come il re e il suo fisco ebbero a difendersi, sentirono la necessità di un'altra procedura che non si esaurisse col giuramento e il duello. Il re longobardo come l'imperatore franco adottarono delle pratiche romane tutto quello che conferiva loro maggiori poteri e ne accresceva la dignità. Così adottarono i mezzi procedurali romani pei beni del fisco e della corona, *res quae ad opus regis habebantur*; e poi arrivarono a considerare come tali *res quae ad partem regis habebantur*, cioè i benefici concessi dal re, le chiese, i monasteri posti sotto il mundio regio: e così la procedura *per inquisitionem* divenne il diritto comune per le chiese e i monasteri che rilevavano direttamente dal re, o fossero chiese di proprietà regia o chiese immuni e nel mundio del re. Sotto Lodovico il Pio tutti gli enti ecclesiastici furono considerati come aventi diritto alla garanzia e protezione regia, e d'allora a tutti fu esteso il privilegio della procedura *per inquisitionem*: e può ritenersi che quando i privilegi del sec. IX e X menzionano questa concessione, essi confermino ciò che avevano ormai per diritto comune.

La stessa procedura *per inquisitionem* fu accordata in favore dei poveri, delle vedove, degli orfani, delle persone incapaci, quando si trovavano nella impossibilità di presentare testi secondo la legge. In questo caso questa prova aveva carattere sussidiario (1).

22. Il diritto di ordinare un'*inquisitio* non apparteneva che al re e poi in seguito ai conti palatini e ai *missi d. imp.* Il re poteva disporla e farla lui stesso, ma in generale e più spesso nominava un delegato. In questo caso la parte interessata riceveva un *breve* (2), in virtù del quale era dato ordine ai *missi* o anche al giudice ordinario di istruire, interrogare testi, e pronunciare la

(1) Responsio misso cuidam, data 819, c. 1; Capit. 817, c. 3, pag. 295, 281.

(2) an. 830: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 52 e 53; V, 2, n. 418; an. 880: MURATORI, V, 930; *Cod. dipl. Langob.*, n. 296.

Digitized by Google

sentenza, oppure comunicare al re i risultati delle sue investigazioni. Quindi mentre pel diritto comune erano limitate le persone che potevano essere testi (dovendosi presentare persone del luogo, ecc.), il conte poteva interrogare chi voleva e ciò non solo nelle cause civili ma anche nelle criminali, ogni qualvolta lo credeva necessario (1). Questa procedura non poteva essere iniziata dai giudici inferiori, salvo che si presentassero al loro tribunale quelle persone od enti che per virtù di privilegi dovevano valersi dell'*inquisitio* per le loro cause, o salvo che ne fossero autorizzate per ordine speciale del re. Era ancora usata nei processi fra cristiani ed ebrei posti sotto la regia protezione. Il cristiano doveva produrre contro l'ebreo almeno tre testi cristiani e tre ebrei: l'attore ebreo doveva produrre sei testimoni cristiani che erano interrogati *per veram inquisitionem* (2).

23. In tutti i casi dove si usa l'*inquisitio*, il giudice competente ordinava la citazione dei testi: dunque assenza del formalismo: questi testi sono *homines commanentes, vicini, qui hoc bene cognoscere debent* (3), cioè abitanti in luoghi prossimi a quei beni su cui cadeva la controversia, *in quo res unde causa agitur positae sunt*, perchè la verità può meglio essere conosciuta *per illos qui viciniores sunt* (4). I citati sono generalmente molti, spesso qualche centinaio (5), scelti fra laici e chierici, tutti liberi però (6): può anche l'inquisizione essere rivolta a poche persone (7). Tutti quelli così convocati per *bannitio* sono obbligati a intervenire, sia che l'*inquisitio* sia ordinata dal giudice o fatta a richiesta di una parte (8), sia che questa presenti testi e documenti, sia che si rimetta a quelli che risponderanno all'appello del giudice, il quale ha un'iniziativa propria, assente invece davanti alle altre prove (9).

---

(1) Capit. 802, c. 21, pag. 101.

(2) Capit. 819, c. 1, pag. 295.

(3) an. 922: AFFÒ, *Storia di Parma*, I, n. 47.

(4) Capit. an. 817, c. 10, pag. 283.

(5) Vengono interrogate 75 persone: MURATORI, VI, 372; TROYA, n. 406, 407. Cfr. an. 828: FICKER, IV, n. 21; *Regesto di Farfa*, II, n. 268; an. 834: MURATORI, II, 65; an. 996: *Cod. dipl. Langob.*, n. 123, 126, 143.

(6) an. 905: MURATORI, I, 777; *Cod. dipl. Langob.*, n. 417, 486.

(7) an. 897, a sei testi presentati dall'attore: UGHELLI, I, 347; an. 890, a sette testi: MURATORI, V, 929; *Cod. dipl. Langob.*, n. 296; an. 914, a quattro: MURATORI, I, 347.

(8) an. 880: BOSELLI, *Storia di Piacenza*, I, 284.

(9) an. 838: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 539.

Digitized by Google

Al giorno stabilito si inizia l'*inquisitio*, facendo giurare i convenuti, che vengono interrogati (1). Essi giurano prima di essere interrogati, mentre i testi giuravano dopo. Qualche volta invece di esigere questo giuramento, si ricordava loro che in causa del giuramento di fedeltà al re, dovevano dire tutta la verità. Dippoi erano interrogati su quello che sapevano: qualche volta era loro posta una questione generale: altre volte dei fatti particolari (2). Questo procedimento era il più adatto per difendere i grandi possessi delle chiese in un tempo in cui mancavano archivi pubblici e le carte andavano facilmente perdute, tanto che il re poteva ricostruirle su testimonianze oppure interrogando così quelli che qualche cosa sapevano (3), come per stabilire lo stato delle persone quando non trovavasi chi spontaneamente accorresse a deporre in loro vantaggio (4). I poveri (5) e quanti temevano per la loro libertà (6), avevano in questo procedimento un'efficace difesa.

24. Dopo che la questione era loro posta cioè erano informati su qual punto dovessero rispondere quello che sapevano, si ritiravano per concertarsi intorno alla risposta, perchè dai documenti risulta che ognuno di essi non era interrogato separatamente, ma

---

(1) an 841 MURATORI, II, 931: V, 936.

(2) an. 838: MURATORI, II, 979; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 539; an. 911: *Reg. subiac.*, n. 154.

(3) Invece delle carte perdute ottenevasi dall'imperatore un diploma detto *auctoritas* o *apennis* che le sostituiva per tutti gli effetti; esso confermava i possedimenti delle chiese (an. 885: CAMPI, *Hist. eccl. di Piacenza*, I, 466) e valeva come *probatio probata* (a. 972: STUMPF, n. 221; an. 967: MITTARELLI, I, n. 32). Lo stesso risultato sempre in seguito a privilegi imperiali potevasi ottenere o per mezzo della *inquisitio* diretta dal conte (AFFÒ, I, p. 325, an. 921) o colla semplice testimonianza di tre uomini liberi (an. 964: ORSATO, *Storia di Padova*, 210), o di tre sacramentali (an. 1014, 1177: ZACCARIA, *Anecdota*, 89 e 126) oppure per mezzo del giuramento dell'avvocato (an. 921: AFFÒ, I, 325; UGHELLI, V, 266, e Capit. Adelchis, 7).

(4) Capit. 819, Responsio misso, 1: *Si alicuius pauperis aut impotentis personae causa fuerit, tunc comes illa diligenter per veriores et meliores pagenses inquirat.* Cfr. Capit. 817 leg. add. 3 Capit. miss. 802, c. 21.

(5) Così fecero alcuni di Limonta: GIULINI, I, 439.

(6) an. 905: il monastero di S. Ambrogio di Milano pretendeva che alcuni gli appartenessero come servi. Sebbene questi riconoscano il diritto del mon., tuttavia i *missi dominici* ordinano un'*inquisitio*, che è fatta da tre *nobiles homines circa manentes* detti *iudices adiurati*, i quali *in fide quam Deo et imperatori debeant* dicano *quid scirent* di 34 abitanti di Civenna, ecc.; MURATORI, I, 773; *Cod. dipl. Langob.*, n. 416.

Digitized by Google

che uno dava la risposta in nome di tutti. Ciò quando i chiamati erano molti (1): perchè se erano pochi, allora erano interrogati separatamente e nella sentenza era notata la risposta di ciascuno (2). In questo senso sono in special modo i processi verbali relativi a Roma e all'Italia meridionale (3), forse deroghe al diritto comune dovute all'influenza del diritto romano; ma nell'Italia settentrionale e centrale se i convocati erano molti, prima rispondevano i *nobiliores per ordinem*, poi dopo i sacerdoti e i laici *absque ulla varietate una voce* (4). Questo modo di rispondere supponeva che tutti fossero di accordo per attestare il fatto, e in queste circostanze l'unanimità dei testi faceva necessariamente prova sia per tutto il processo sia per la questione accessoria a cui si riferiva l'inquisizione (5). Perciò si parla dell'accordo di tutti, e non della maggioranza, e mai le leggi parlano di un numero minimo per fare la prova. Pel che si deve ammettere che se tutti i convocati non erano concordi, o se alcuni di essi dichiaravano *non scire*, l'inquisizione restava senza risultato, e dovevasi invocare le prove del procedimento ordinario: e nemmeno potevasi in questo caso di contraddizione fra essi ricorrere al duello, come nel caso dell'inchiesta ordinaria. Parimenti l'avversario non aveva il diritto di provocare al duello o al giudizio di Dio questi testi intesi contro lui nella procedura *per inquisitionem*. Si è notato come questa deposizione collettiva abbia delle analogie colla dichiarazione del giurì d'inchiesta, ed abbia probabilmente esercitata una certa influenza su questa istituzione.

25. Quando il magistrato incaricato della *inquisitio* aveva avuto l'incarico di sentenziare e di dire *lis finita est*, allora, esaurite le deposizioni, doveva domandare ai testimoni *quid iustitiae esset peragendum*. Che se il suo compito era quello di fare l'inchiesta, ne dava notizia al tribunale superiore con una *notitia, breve inquisitionis commemoratorium*. Va infine aggiunto che quando

(1) an. 835: FUMAGALLI, p. 172; *Cod. dipl. Langob.*, n. 126; an. 841: id. 143 (20 persone); an. 851: n. 299.

(2) an. 851: MURATORI, II, 27; an. 853: id. III, 168; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 698; an. 871: id., IV, 2, n. 39; UGHELLI, I, 798.

(3) Roma, an. 829, sono interrogate 23 persone del luogo: GALLETTI, *Primicero*, n. 3; MURATORI, *RISS*, II, 2, 375; *Regesto di Farfa*, II, n. 270.

(4) an. 879: BOSELLI, *Piacenza*, I, p. 284; an. 905: MURATORI, I, 777; *Cod. dipl. Langob.*, n. 417.

(5) Capit. 808, c. 3.

Digitized by Google

si trattava di conoscere di usi e consuetudini, di diritto di pascolo in terre altrui o in terre comuni, si convocavano moltitudini e si procedeva a interrogatori in una forma analoga alla procedura *per inquisitionem* (1).

Si comprende l'importanza che le chiese diedero ad essa per difendere i loro patrimoni, tanto più che nei privilegi loro accordati l'avvocato della chiesa o cooperava col conte nell'inchiesta (2), oppure addirittura egli stesso presentava al placito gli uomini da essere interrogati (3). In questi privilegi era fatta anche un'altra concessione, cioè che non occorresse presentare al giudice turbe, ma bastassero due o tre nobili e veraci uomini (4); e tanti bastavano perchè il giudice dicesse: *inquisitio facta est, sacramentum iuratum paruit nobis* (5). Così si assicurava agli enti ecclesiastici una giustizia sicura e celere (6). In questi privilegi è notevole un altro fatto: che le persone presentate per quest'ufficio erano esonerate dal servizio militare e da qualsiasi funzione pubblica (7); il che autorizzerebbe a ritenere che le persone elette dalla chiesa a testificare e a giurare intorno ai suoi possedimenti, coprissero un officio stabile, fossero cioè sempre le stesse e non mutassero, pronte a difendere la chiesa nelle sue cause. Al privilegio dell'*inquisitio* era ammesso non solo il luogo pio contro cui era mossa l'azione, ma quegli stesso che la moveva (8): così ottenevasi quella celerità che era il principale obbiettivo che tale concessione aveva in vista: e compiuto tal genere di prova sotto il giuramento di quelle persone di buona fede, il vescovo o l'abate erano esonerati da qualsiasi altra prova (9). Anzi l'*inquisitio* era la prova per eccellenza, quella che chiudeva l'adito a qualsiasi pretesa in contrario, quando la chiesa mancava di documenti per difendere o rivendicare i suoi possessi (10), quando alcuno si pretendeva pro-

(1) CARLI, *Antichità italiche*, IV, n. 1.

(2) *Cod. dipl. Langob.*, n. 260, 280, 430.

(3) an. 879: BOSELLI, *Piacenza*, I, 283.

(4) an. 871: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, 39; an. 1020: TIRABOSCHI, I, 30; an. 943: MURATORI, V, 170.

(5) an. 879 BOSELLI, I, 284.

(6) an. 962: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 126.

(7) ZACCARIA, *Abbazia di Leno*, pag. 65.

(8) an. 1027, al mon. di Farfa: *Si contra mon. intentio exorta fuerit per nobiliores homines definiatur ex utraque parte*. FATTESCHI, 325.

(9) an. 926: AFFÒ, I, n. 53.

(10) an. 921: id., I, n. 44.

Digitized by Google

prietario di terre ecclesiastiche e voleva alienarle come sue [1], quando infine cause di qualunque genere erano mosse davanti ai tribunali sugli uomini o contro il patrimonio della chiesa [2].

Nè gli imperatori si arrestaronó a questo strappo fatto alla procedura comune, ma l'allargarono ordinando che l'avvocato avesse il diritto di fare un'indagine preliminare la quale servisse di base a una successiva azione pubblica, ed egli fosse autorizzato le controversie patrimoniali *per inquisitionem circumanentium liberorum hominum definire* [3]; e in alcuni diplomi si trova stabilito che fatta l'inquisizione, basta che l'avvocato giuri perchè la chiesa abbia ragione delle questioni che le venissero intentate [4]. Questo diritto dell'avvocato è espresso anche nelle carte colle formole: *nullus homo audeat respondere mallaturam advocato* [5] — *nullus mallaturam persolvat* [6] — *nullus eius mallaturam querere audeat* [7], ossia non si possa esigere che l'avvocato delle chiese privilegiate si presenti ai placiti del conte per difendere il proprio diritto secondo le comuni norme procedurali; ma abbia l'avvocato la facoltà di promuovere l'*inquisitio* e di presentarsi con quelle persone che egli sceglieva, le quali attesteranno del diritto della chiesa, e il suo giuramento o quello degli inquisiti sarà base sufficiente al conte per pronunciare la sentenza [8].

In tal modo qualunque fosse il foro a cui la causa era riservata, il tribunale del re o quello del conte, l'*inquisitio*, tanto nel caso in cui fosse diretta dai funzionari pubblici, quanto in quelli in cui la presiedesse l'avvocato della chiesa [9], serviva a definire completamente la questione e senza appello, nè la sua efficacia era in alcun modo infirmata da ulteriore proposta di giuramento [10]. È chiaro come da tale procedura eccezionale e così divergente dal diritto comune fosse avvantaggiata la chiesa privilegiata nelle sue cause, in modo da avere sicura la vittoria.

---

(1) an. 964: GATTULA, p. 71; an. 958 e 981, pag. 78, 92.

(2) an. 964: id., p. 72.

(3) an. 887: GATTULA, pag. 32.

(4) an. 920: AFFÒ, I, n. 42.

(5) an. 1027: MURATORI, *RISS.* II, 2, pag. 845.

(6) an. 1046, 967, 981; 1027 id. p. 858, 477, 496, 561.

(7) an. 861, 958: ZACCARIA, 63, 68.

(8) *Cod. dipl. Langob.*, n. 430, 654, 926.

(9) Per questo *inquisitio* e *advocatio* sono usati come sinonimi, potendo l'avvocato fare l'inchiesta; così an. 882: TIRABOSCHI, *Modena*, I, 53.

(10) GATTULA, pag. 39, 78, 121.

Digitized by Google

Sebbene nei diplomi imperiali del sec. XI figuri ancora largita la concessione di questa procedura eccezionale, si deve constatare che anche nella seconda metà del sec. X se ne incontrano poche traccie e quasi si può dire fosse scomparsa, essendosi perfezionato il sistema delle prove mercè l'importanza che assunse la prova scritta.

§ 6. *La prova scritta*

26. Le popolazioni italiche non perdettero mai sotto le dominazioni barbariche l'uso della prova scritta, perchè le leggi longobarde subito l'ammisero, come fecero le altre leggi germaniche che subirono l'influenza del diritto romano. Invece quelle che conservarono più pure le istituzioni primitive, come la Legge dei Franchi Salii, non conoscono la prova di fatti e di diritti per mezzo di documenti scritti. Però anche queste genti come si stabilirono nelle Gallie non solo si valsero della scrittura pei negozi più importanti, ma autorizzarono la prova per mezzo di atti scritti, e in iscritto fecero redigere le sentenze. Venuta dal diritto romano la *carta* acquistò presto grande importanza e nel senso appunto che a questa aveva dato la pratica anche contro il disposto del diritto e le tradizioni classiche della scuola, accogliendo l'uso di obbligarsi per scrittura, *per lignum et cartam que in suis manibus tenebat.* La scrittura era pratica largamente diffusa in Italia non solo *ad probandum*, ma quale mezzo costitutivo del contratto. Si redigeva una *carta* o *notitia*, prima dalle parti stesse, poi da *scriba* o notaio non ancora rivestito di fede pubblica. Così non vi era differenza fra formazione del contratto e sua prova, ritenendosi che lo scritto costituisse e provasse il contratto. Quindi per obbligarsi bastava redigere una *carta*, e le parti si consideravano obbligate coll'*emittere* o *accipere cautionem*, come se avessero adempiuto a qualunque altro rito formale. Della *carta* poi l'una parte faceva all'altra la *traditio* (pratica pure romana e accolta dai Germani formalisti quali erano, perchè loro pareva che questo atto formale come il getto della *festuca* o *wadia* bene servisse a manifestare la volontà di obbligarsi e a dar vita e perfezione al negozio). Poichè il debito era come immedesimato e incorporato nello scritto, consegnar questo pareva consegnare al creditore il diritto di esigere: al punto che chiunque avesse ricevuto il titolo o lo tenesse *nelle mani* divenisse creditore, e distruggendo la

Digitized by Google

carta si estinguesse il credito. Questo è specialmente il diritto medievale italiano formatosi sotto l'influenza romana, a differenza, per es., del diritto franco ove la scrittura in principio e in coerenza al diritto germanico non era richiesta come solennità nè come prova [1]. Ce lo dicono le formole secondo le quali lo scritto è fatto per pura precauzione, e non è necessario per la formazione dei contratti e per la loro prova, dandosi la preferenza alla prova per testimoni. L'una non escludeva l'altra: ma le leggi germaniche davano più importanza alla seconda: per es. si poteva provare per mezzo di testi il tenore di un giudicato, e anche nel secolo IX la legislazione dei Capitolari (Capit. 803 c. 10) permetteva di stabilire con testi l'esistenza di un giudicato per respingere la domanda di colui che voleva intentare una lite che già era stata da quel giudicato risolta. A quell'epoca delle sentenze si redigeva una *notitia* che era consegnata al vincitore, ma non se ne conservava copia, come nemmeno vi erano registri e archivi per gli atti pubblici. Erano così frequenti e facili le cause di dispersione; e questo spiega la conferma dei privilegi che si impetravano da ogni nuovo sovrano, la concessione di *auctoritates* regie che tenevano luogo di tutti i documenti e titoli che non si potevano presentare, la facoltà attribuita all'avvocato delle chiese di poter provare questi titoli perduti col suo giuramento o con quello di due o tre uomini. Se nelle città di Romagna o in qualche altra è menzione di curie presso le quali gli atti erano conservati, suntati e registrati, anche di queste l'anarchia dell'epoca ne compromise il regolare funzionamento.

27. La pratica notarile medievale, specialmente in Italia, distingueva fra *carta* documento dispositivo e *notitia* documento di prova. La *carta* era l'atto pubblico che aveva tutte le forme richieste per assicurarne l'autenticità: la *notitia*, detta anche *breve*, *memoratorium*, era un atto ove erano scritti i termini di una convenzione, ed era presentata affinchè ne fosse perpetuato il ricordo. La *carta* spesso portava clausole ingiuntive o precettive della autorità che l'emetteva per imporne l'osservanza, o altre proibitive a impedirne la violazione. La presunzione per gli atti dell'autorità regia era per l'autenticità loro, così che chiunque presentasse un diploma regio o imperiale, dava per ciò stesso la

---

[1] CHECCHINI, *La traditio e il trasferim. d. proprietà*, 1914, pag. 41 e segg.

Digitized by Google

prova della sua autenticità, non potendosi supporre che si fosse tanto audace di sfidare l'ira regia, perchè il falsario e colui che si valeva di un diploma falso incorrevano nella pena di morte. La legge annetteva una presunzione di verità agli atti di questa natura, e chi ne impugnava la verità doveva darne all'istante la prova.

28. Gli atti privati erano i più svariati; relativi a compre-vendite, a costituzione di doti, a mutui, a livelli, a manumissioni, ecc.: *chartae partitae* o duplicate, *divisae*, *excisae*: e poi le *notitiae* o relazioni sopra atti giudiziari (*notitia iudicati*), coll'elenco dei testi e le firme loro, e dei giudici e scabini, e dei notai che stavano presso i giudici e i magistrati, ma senza avere funzione pubblica: così che le loro scritture non divenivano pubbliche ed autentiche se non vi era l'intervento del magistrato. Il notaio quindi non era che un testimonio, che assieme agli altri testi faceva fede dell'esistenza del contratto.

Nel Napoletano, come nei territori sottoposti nominalmente al governo bizantino, la funzione di notaio era affidata ai *curiali*, così detti perchè nelle *curie* o tribunali scrivevano gli atti giudiziali. Essi erano costituiti in collegio, e il *primarius* aveva l'incarico di scrivere i diplomi dei consoli e dei duchi di Napoli, di completare gli strumenti rimasti incompiuti per essere avvenuta la morte dei curiali, ai quali era stata affidata la redazione dell'atto. Le copie degli atti erano rilasciate dal *tabularius* che assieme al *primarius* le autenticava.

Così regolarmente redatto l'atto privato non faceva da sè prova, e solo era rivestito di una presunzione di verità. Senza dubbio quando una parte presentava in tribunale un atto privato e quando l'avversario riconosceva la sincerità del convenuto, non vi era luogo ad alcuna prova, poichè le due parti erano di accordo. Il convenuto si arrendeva all'evidenza, e il giudice poteva pronunciare la sentenza. Ma se l'avversario contestava che i fatti fossero avvenuti nel modo indicato dallo scritto privato, questo non faceva più prova in favore della parte: quindi bastava la dichiarazione giurata della controparte, perchè fosse distrutta l'efficacia di un documento, così che chi l'aveva prodotto fosse costretto a provarne l'autenticità per mezzo dei testimoni intervenuti all'atto, o per mezzo di congiuratori (1), o per mezzo del giudizio

(1) Rachis, 8, Pactio de Liburiis, c. 9: *iuret a parte langob. tres homines de sex hominibus quales pars neapolit. quesierit*; c. 10, id.

Digitized by Google

di Dio [1]. Vero è che le leggi longobarde ammettono che si possa aver comprato terra anche senza redigere un documento (Roth. 227): nel qual caso il possesso quinquennale rafforzato dal giuramento di chi possiede, autorizza di *firmiter possidere quod sibi comparavit*. Ma se il possessore si difendeva sulla base di un istrumento o semplicemente di una *stantia quam ante liberos homines facit* (Rachis, 5), la procedura assumeva diverso svolgimento. In quanto alla *stantia* o *conventum* o *pactum* [2], come per un contratto stipulato per *wadia*, non si poteva far capo al giuramento. e si doveva credere al giuramento di quelli che vi avevano assistito. Ancora la legge prescindeva da qualunque segno materiale esteriore per la perfezione dell'atto, ma aveva già stabilito delle norme per la prova di esso. Anche la *stantia* come la *wadia* non aveva bisogno dell'assistenza dei testi [3]: ma se questi erano intervenuti, da essi doveva essere fornita la prova. Ora il legislatore prese in considerazione il caso di vendite delle quali erasi redatta la *cartula*, e contro la quale il venditore opponeva che tutto il prezzo non era stato pagato e si offriva di giurare, e giurava anche il compratore che aveva pagato. Rachis, 8, così risolve questo che gli parve *durum*: *Si quis cartola vinditionis fecerit et ad scrivane publico scripta vel ad testibus idoneis rovorata fuerit, et tam ipse venditor quamque et testes in ipsa cartula subscripserint aut manus posuerint et manifestaverint in ipsa cartola quod pretium inter eos statutum suscepisset: si pulsatus fuerit postea emptor quod pretium ipsum non complessit, sacramentum exinde non procedat.* Soltanto nel caso in cui la carta non avesse le firme del venditore e dei testi, dice la Glossa, il venditore giuri che non ebbe tutto il prezzo.

Si confrontino queste disposizioni con quelle di altre leggi germaniche, che dispongono l'intervento dello scriba e dei testi perchè confermino la sincerità dell'atto. Chi invocava atto scritto, doveva giurare con 12 congiuratori che lo scritto conteneva la verità: con che non si escludeva la prova per testimoni. Oppure si aveva un procedimento solenne che si iniziava con una dichia-

---

(1) Capit. Ottonis I, c 1 biasimato l'uso italiano che bastasse che il presentatore di una carta constatata come falsa ne giurasse la autenticità, perchè avesse vinto la causa e poichè gli spergiuri erano continui, dispone che chi l'impugna debba sottostare alla prova del duello.

(2) Liber papiens. Exposit. ad Liutpr., 8, § 4.

(3) Aistuf, 16: *si idonei homines interfuerint.*

Digitized by Google

razione sacramentale dell'avversario a cui si opponeva lo scritto. Egli pretende che scrivano e testi hanno mentito e rompe la carta: al che gli altri assistiti da congiuratori giurano la verità del documento. D'allora, in caso di persistenza dell'avversario si passa al duello: e se questi perde, paga una composizione ai testi e allo scrivano: se invece il duello gli dà ragione, pagano la composizione i testi, e lo scrivano perde il pollice della mano destra (1). In queste procedure la prova non spettava direttamente alla stessa parte, potendo spettare a chi pretendeva l'atto sincero o a chi lo pretendeva falso.

29. Il diritto longobardo invece considerava diversi casi: che la carta fosse vera nella forma, ma che mancasse la capacità di stipulare il negozio da parte di chi la rilasciò, del che deve essere data la prova: *probet qui habet cartam quod ita sit aut perdat* (2); o che la carta mancasse delle formalità prescritte: *contra legem est ista carta quod non fuerint testes liberi* (3). A parte il diritto del re di *confirmare* quelle carte presentate al tribunale, specie se erano emanate dalla corte regia, che fossero contestate come invalide (4); a parte che pei documenti distrutti dal fuoco (5) o rubati (6) si poteva supplire colla dichiarazione giurata del notaio e dei testimoni: qualora era impugnata di falsità una carta, colui che l'aveva presentata doveva giurare che era genuina (7), e anche si procedeva *per inquisitionem* (8) e interrogando le genti del luogo (9). Ma dopo il 1000 la falsità di una carta viene provata col confronto delle scritture (10): e per primo atto si procede al sequestro di essa. È accordato un termine per contraddire, che varia secondo la nazionalità delle parti: l'*ostensor cartae* deve giurare con 12 congiuratori, e la controparte deve giurare che

(1) Leges Baiuw., LVIII e LIX; Lex Alaman., II; Lex Ripuar., LVIII.

(2) Liber papiensis, Form. ad Roth., 170.

(3) id., ad Roth., 172.

(4) an. 745: UGHELLI, 615 e TROVA, n. 583. O di confermarle per mezzo di giudicato: an. 902: TIRABOSCHI, *Nonantola*, II, n. 63; MURATORI, I, 367.

(5) an. 781: *Regesto di Farfa*, II, n. 134.

(6) an. 786: MURATORI, I, 531; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 211.

(7) TROVA, n. 641; *Reg. di Farfa*, II, n. 25; an. 985: *cartam adverare: Cod. dipl. cavensis*, II, n. 377.

(8) an. 964: GATTULA, I, p. 71.

(9) an. 824: TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 25.

(10) an. 1012: GALLETTI, *Primicerio*, n. 27; *Regesto di Farfa*, IV, n. 658.

Digitized by Google

chiede null'altro che il giusto. Constatata la falsità, si procede contro il notaio, a cui è tagliata la mano, contro i testi multati col giudizio, contro l'*ostensor* che è pure punito; e se sono presenti o noti, è lasciato decidere alla *sapientia iudicis*. La carta è cassata tagliandola a mezzo: *cultrum et signum crucis in ea abscindendo per medium* da parte del giudice (1) o la stessa parte che l'aveva presentata dichiara: *apprehendo gladio in manu mea at rupi et cassavi carta inutilis* (2).

Ammessa la prova scritta, chi presentava carte dava lettura di esse (3), e il giudice decideva se erano o no pertinenti (4), e se ne faceva ricognizione (5). Quelle non firmate erano dichiarate di nessun valore (6). Se riconosciute false proclamavasi che *minime stare poterent secundum legem* (7). Ogni documento poteva essere contestato per mezzo di testi e del giuramento (8). Vinceva chi presentava carte più antiche (9).

§ 7. *Il giudizio di Dio.*

30. Nel diritto longobardo il convenuto che era tenuto a purgarsi di un'accusa doveva farlo o col giuramento o *per pugnam*. Non si può dire con certezza quali rapporti intercedessero fra questi due mezzi. L'Editto di Rotari (364) stabilisce: *si pro quacumque causa homo pulsatus fuerit ab alio et negaverit, liceat ei se eduniare secundum legem et qualitatem causae*; e Liutp. 68, ordina che il patrono purghi l'aldio *per sacramentum aut per pugnam qualis causa fuerit*. Il duello era dunque indicato assieme al giuramento come mezzo per purificarsi: e i casi sono specificati; per debito del padre morto, il figlio *praebeat sacramentum aut per pugna*

(1) MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; *Regesto di Farfa*, III, n. 426 e 658.

(2) MURATORI, I, 169. Cfr. Roth., 360; Liutpr., 60; Liber papiensis, Expos. ad Ludov., 15, § 6; Widon, 6.

(3) an. 865: *Cod. dipl. Langob.*, 391; *Reg. di Farfa*, II, n. 154, 161, 165, 207, 251.

(4) an. 865: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 51; an. 828: FICKER, IV, n. 11.

(5) an. 970: MURATORI, *Antich. estensi*, I, pag. 147.

(6) an. 762: TROYA, n. 791.

(7) an. 1053: *Cod. dipl. caietan.*, II, 1, n. 105.

(8) an. 1023: TOSTI, *Storia di Montecassino*, II, 258.

(9) an. 747: TROYA, n. 602; an. 1016: FANTUZZI, IV, n. 18.

Digitized by Google

defendat (Roth., 365): — per la difesa del possesso (Roth., 228) nel caso di furto commesso dal servo il padrone *tunc per pugnam aut sacramentum se defendat* (Liutp., 11) — e così per l'aldio (Liutp., 68) — nel caso di sospetto di furto, incendio (Liutp. 71) — di veneficio (Liutp. 118) — di adulterio (Grim. 7) — di spergiuro (Adelch. 7): e anche per provare l'esistenza di carte che l'incendio distrusse (id. 7). Colle espressioni usate dalle leggi si deve ritenere che vi fossero casi in cui il duello era ammesso ed altri in cui non lo era, che l'attore poteva esigerlo ad esclusione del giuramento, ma che anche il convenuto poteva scegliere fra l'uno e l'altro e che infine il convenuto stesso poteva sfidare l'attore a sostenere col duello la sua accusa.

31. Il duello fu la forma di giudizio di Dio preferito dai Longobardi, e un commentatore lo definì *mixtam probationis et defensionis causam.* Per questa prova Dio diveniva giudice e manifestava direttamente la sua volontà. Se nel giuramento si prendeva Dio a testimonio, nell'ordalia si faceva appello al giudizio di Dio, come facevasi non solo nelle contestazioni giudiziarie ma in tutti gli atti della vita. I Germani permisero di ricorrere ad essa anche in una maniera generale, perchè l'attore poteva sempre oppugnare il giuramento del convenuto e provarne la falsità per mezzo del giudizio di Dio (1). Come poi i Longobardi preferissero il duello, si può spiegare attribuendo ciò al sistema dei Germani di risolvere colle armi le dispute fra membri di diversi gruppi, uso antichissimo che le leggi disciplinarono, limitandolo ad alcuni casi: certo al sec. VII nessuna prova era più abbandonata alla volontà delle parti, ma era stabilita dalla autorità pubblica: così fu per i congiuratori, così fu per il duello ammesso solo per delitti importanti pena capitale, o in cause civili di speciale gravità.

32. Le leggi non sono ben chiare in quali casi il duello fosse un diritto dell'attore o del convenuto. Vi erano casi in cui se l'accusatore era presente e ripeteva l'accusa questa doveva essere

(1) Roth., 9: Se alcuno è accusato di grave delitto si possa purificare giurando, e se *adest homo qui crimen mittat, liceat ei per campionem id est per pugnam crimen ipsum de super se eicere.* Liutpr., 121; Capit. Langob. 779, c. 11; 804 e 811, c. 5, pag. 49, 180, 217; cfr. PATETTA, *Ordalie.* cit., e vedi MURATORI, III, 623 segg., diss. XXXIII; DUCANGE, v. *duellum* e *pugna.* Questioni finite col duello in Paolo Diac., IV, 49, e in Liutprando, *Antapod.*, III, 46. Privilegi a chiese di finire le loro cause col duello: vedi doc. in SALVIOLI, *Immunità*, pag. 88.

Digitized by Google

sostenuta col duello, escludendo così il giuramento che poteva offrire l'accusato. In tal senso sono le interpretazioni del *Liber papiensis* (1) e dei commentatori (2): così che sfidare a duello sarebbe stato un diritto dell'accusatore. Certo è che la pratica si svolse in questo senso, interpretando nel modo più largo la norma di Liutp. (121) che accordava all'attore la scelta fra il giuramento e il duello.

Viceversa altri testi mostrerebbero che il diritto antico era in altri sensi, cioè che la scelta poteva anche dipendere dal convenuto (3), e così ne pensarono gli interpreti (4). Parimenti non si può affermare se, prestato il giuramento dal convenuto, potesse sempre l'attore impugnarlo, sfidando a duello. Liutprando stabilì pene per lo spergiuro; ma in altre leggi promulgate pel ducato di Benevento e sempre di ispirazione longobarda, fu disposto che il giudice, quando credeva che il convenuto avesse giurato il falso o conosceva che falso fosse per fama pubblica, potesse concedere il duello all'attore se questi lo richiedeva (5), disposizione che importava un allargamento del duello più che una restrizione. Ad ogni modo una confusione vi era che si riflette su quanto scrissero i commentatori a proposito dello spergiuro, dal quale il reo poteva difendersi *sacramento vel pugna*: se spergiurò *pro se, per pugnam convincitur vel aliis manifestissimis probationibus*. La sincerità dei testi è saggiata *per pugnam*: se così vuole chi li accusa (*si voluerit*), ma anche *per alios testes* (6). La quale confusione dominò nelle scuole pavesi e presso i Longobardi, che anche di altre leggi sul duello contorsero il senso con interpretazioni stravaganti, specialmente a proposito della legge di Liutp. che, per evitare che persone in mala fede provocassero a duello, volle che prestassero giuramento *de asto*, cioè di credere giusta la domanda; si intese

(1) Lib. pap. ad Roth., 203, 366.

(2) Ariprandus et Albertus ed. Anschütz (*Die Lombarda-Commentare*), pag. 18: *parentes per sacramentum vel per pugnam defendant*; pag. 53: *et si per pugnam de furto convictus quis fuerit, furtum componat.*

(3) Roth., 198, 202, 213, 228, 365, 381; Grim., 7; Liutpr., 11.

(4) Ariprandus et Albertus, pag. 27: uccise per difendersi *probet id per 3 testes... nam pugna exinde non fiat*; pag. 64: *plane si de hoc accusatus quis fuerit, aut per sacramentum aut per pugnam se defendat arbitrio*; pag. 129: *emptor per pugnam*; pag. 138, ecc.

(5) Capit. Adelchis, 6.

(6) Ariprand. et Albertus, pag. 191, 192. Cfr. Liber papiensis, Pipini, 44.

Digitized by Google

dai commentatori che qui si avessero due giuramenti contraddittorii, non avvertendo che l'attore attestava la sua buona fede e non che *rem sic esse*. Tuttavia attraverso alle loro logomachie sembra che la dottrina abbia ritenuto che il convenuto dovesse subito essere ammesso al giuramento quando lo prescrivevano le leggi, che così anche fosse del duello, che l'attore potesse scegliere invece del giuramento, che il convenuto potesse offrirsi a sostenerlo per purificarsi, avendo anche la facoltà di rifiutarlo proponendo altre prove. Ma accanto a queste opinioni, altri sostenevano che la scelta competeva all'attore solo se la risposta del convenuto era in qualche modo ingiuriosa per lui, negandone la buona fede: in caso diverso era imposto soltanto il giuramento (1).

33. Questa confusione dipendeva dal fatto che la legislazione longobarda sotto l'influenza del diritto romano e del diritto canonico considerava questo ricorso a una prova materiale e sì brutale come un fatto *grave, impium, iniustum, absurdum et impossibile*: essere illogico che una lite *sub uno scuto per pugnam dimittatur* (Roth. 164, 165, 166). Anche Liutprando vedeva con sfavore quel *fatigare per pugnam* (72), ed infine condannava indirettamente il duello così: *quia incerti sumus de iudicio Dei et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere sed propter consuetudinem gentis nostrae langobardorum legem istam vetare non possumus* (118).

Invece la legislazione franca più arretrata l'aveva circondato di molta serietà, sebbene lo considerasse come l'ultimo mezzo cui non si poteva ricorrere se non in mancanza di ogni altro (2), o per controllare gli altri quando sorgesse dubbio (3), come si verificava spesso nella collisione delle testimonianze (4). In questo caso si sceglieva ordinariamente un testimonio da ciascuna delle parti e si ricorreva al duello o alla croce. Per evitare gli spergiuri non erano ammessi a giurare le persone sospette, come quelli già condannati altre volte od anche gli accusati per la seconda volta da due o tre persone (5). I Carolingi avevano mantenuto in vigore le varie ordalie germaniche, la prova dell'acqua bollente, del-

(1) Liber pap., Form. ad Roth., 146, 147.
(2) Divisio regnor., 806, c. 14; Div. imperii, 830, c. 10.
(3) Capit. Pipini, 800, c. 4.
(4) Capit. leg. add., 816, c. 1; 818, c. 10; Constit. papiens., 832, c. 11.
(5) Capit. missor. Aquisgr., 809, c. 28, pag. 150.

Digitized by Google

l'acqua fredda, del ferro rovente, del pane, della croce, del duello. Sotto di essi il duello prese sviluppo a danno delle altre ordalie, sebbene il clero lo vedesse con sfavore, facendo notare che in questa procedura il successo era assicurato al più forte (1). La verità è che il clero non vi prendeva alcuna parte, mentre esso aveva la direzione delle altre prove: e vedremo più oltre l'atteggiamento della Chiesa verso le ordalie. Che però l'opinione del clero non fosse prevalente, risulta da queste parole di Carlomagno che obbligava tutti a credere al valore di simili mezzi probatori: *ut omnis homo iudicium Dei credat absque ulla dubitatione* (2). Così il duello e le altre ordalie, malgrado la resistenza che venivano facendo le scuole sotto l'influenza romana e canonica, restarono di uso comune nel periodo franco, che le trasmise alla procedura feudale.

Infatti nella legislazione franca il giudizio di Dio è il mezzo con cui l'accusatore può convincere di spergiuro l'avversario ed opporsi al giuramento di dodici congiuratori (3). Ogni attore poteva opporsi al giuramento del convenuto e obbligarlo a fare il duello se libero, e a purgarsi coll'acqua bollente se servo (4). Se il convenuto voleva giurare, ma non poteva o non poteva trovare congiuratori, o perchè la legge gli vietava il giuramento per la sua qualità di servo o di uomo fuori della legge, erano obbligatorie le ordalie (5). In altri casi veggonsi i Capitolari vietare la prova col giuramento e imporre quella del giudizio di Dio per la gravità del delitto e senza riguardo alla condizione dell'accusato (6). Infine quando una parte presenta documenti e l'altra testi, o viceversa, le leggi dispongono che il conflitto sia risolto dall'ordalia (7). Così dunque mentre la tendenza italica, a cui si era piegata la legislazione longobarda, era sfavorevole ai giudizi di Dio, questi furono esaltati sotto la dominazione franca.

34. Di questi giudizi di Dio stava in prima linea il duello, combattuto colla spada dai liberi, col bastone dai servi. Invece delle

---

(1) AGOBARDUS, *Adversus legem Gundobadi*, c. 7, 10, 13, 14, in PERTZ, *Leges*, III, 504, e in MIGNE, CIV; e anche papa Nicolò I, *Epist.* 50.

(2) Capit. 809, c. 25, pag. 150.

(3) Constit. papiens., 832, c. 30.

(4) Capit. 805, c. 11.

(5) Capit. 803, c. 4, pag. 117; 804, c. 3, pag. 180.

(6) Capit. 794, c. 9, pag. 75; 809, c. 1, pag. 148; 817, c. 1, pag. 281.

(7) Capit. 806, c. 8; 815, c. 5, pag. 284.

Digitized by Google

parti erano ammessi i campioni [1]: talora parenti, gente prezzolata, cui si ricorreva quando le parti, per età, sesso, malattia non potevano combattere esse stesse. In seguito l'usar campioni fu privilegio dei chierici e dei nobili, specie quando l'avversario era di condizione inferiore. Di regola il servo non poteva purgarsi col duello: più tardi lo poteva solo il *miles*, mentre il rustico ricorreva ad altre ordalie. Tacito dice che gli antichi Germani credevano che *Deum adesse bellantibus*: quindi avrebbe presieduto anche alla lotta di due individui: il miracolo doveva verificarsi in ogni contesa giudiziaria. Forse così non era stato nei tempi antichissimi, quando solo valeva la forza materiale, e a questa si rimettevano le parti per finire le vendette come le controversie: in seguito prevalse l'idea superstiziosa dell'intervento divino che dava il proprio responso nell'esito del duello: donde le invocazioni: *Deo iudicante: Si unus fuerit testis et ille alter negaverit, tunc Dei accipiant iudicium... exeant in campo, et cui Deus dederit victoriam, illi credite. — Sponde mihi pugnam duorum et manifestet Deus si mendacium aut veritatem iurasti contra me. — Testificet Deum creatorem ut cui sit iustitia, illi donet victoriam* [2]. Più tardi il duello fu chiamato *humanum iudicium* in diretta opposizione colle altre ordalie indicate sotto il nome collettivo di *iudicium divinum*: e nel senso di giudizio umano è il duello nella legislazione di Federico II [3].

Il duello era compiuto con rigorose solennità. I combattenti giuravano che nessuna stregoneria era fatta sulle armi [4]. Colui che era dichiarato perdente incorreva anche in una pena: per Rotari doveva pagare il guidrigildo, cioè era applicato il principio del talione, e così era riconosciuto il suo dolo (Roth. 9; cfr. Liutpr. 111). Questa prova serviva tanto come mezzo di purificazione quanto per indurre la parte contraria a riconoscere il suo torto.

Vedremo come il duello fu combattuto dalla Chiesa più presto di tutte le altre ordalie e con maggior vigore: per cui indebolitasi la fiducia nell'intervento divino, scomparve dalla procedura.

---

(1) Roth., 202, 213; Liutpr., 11; an. 674: TROYA, n. 340.

(2) Lex Baiuw., II, 1; Lex Alamann., LXXXI.

(3) Const. regni Siciliae, II, 33: *Monomachia quae non tam vera probatio quam divinatio dici potest*; ANDREA D'ISERNIA, *Super usibus feudor.*, 168: *Humanum iudicium est pugna.*

(4) an. 1098: prima di iniziare il duello il campione *iactavit pro maleficio wantonem femineum variis odoribus distinctum super caput campionis ecclesiae quod omnino leges vetant atque mulctant*; RENA, II, n. 1, pag. 32.

Digitized by Google

35. Le leggi germaniche ricordano un'ordalia col nome di *sorte*. Non conoscendosi l'omicida, gli aventi diritto al guidrigildo potevano designare sette persone che dovevano purgarsi dal sospetto col giuramento *duodecima manu*. Si facevano allora due sorti con due pezzetti di legno, l'uno dei quali segnato con una croce: entrambi si involgevano nella lana e si deponevano sull'altare. Quindi il sacerdote o un bambino prendevano una delle sorti: se usciva quella colla croce, i giuramenti prestati erano veritieri e gli accusati prosciolti. In caso contrario si facevano sette sorti portanti ciascuna il nome di uno degli accusati ed era tenuto come reo il nome di colui che la sorte estratta indicava (1).

La prova del fuoco o ferro infuocato consisteva nel far passare tra due roghi l'accusato vestito di una camicia imbevuta di cera: il *iudicium ferri candentis, calidi, igneum iudicium* consisteva nel portare per un tratto un ferro rovente: la prova dell'acqua bollente nell'immergere la mano o il braccio in una caldaia piena di acqua bollente e talora estrarne uno o più oggetti. L'esame della mano e del braccio in questa prova come in quella del ferro rovente si faceva dopo tre giorni durante i quali la mano rimaneva fasciata e sigillata: la mano doveva apparire illesa o quasi.

36. La prova dell'acqua fredda era pure usata e consisteva nel riempire un vaso di acqua fredda ove l'accusato immergeva la mano: *si apparebat signum in manu sicut quando poneretur in aqua calidissima*, era condannato (2). L'idea fondamentale di questa prova era sempre nel miracolo: se Dio può rendere innocua l'acqua bollente, potrà rendere dannosa al colpevole la fredda. Appartiene a questo genere di prova l'immergere l'accusato in un fiume: era riconosciuto innocente se affondava, colpevole se rimaneva alla superficie, come se l'elemento puro dell'acqua non lo volesse ricevere. Invece dell'accusato si gettava nell'acqua un ragazzo e talora anche il nome di lui scritto su una materia qualsiasi. Così le condannate a morte per annegamento erano gettate nel fiume colle mani e piedi legati; poi eran ripescate: se allora si riesciva a rianimarle, erano libere perchè Dio le aveva salvate.

37. La prova della bara non è antica, ma penetrò anche in

(1) Lex Frision., XVI: v. PATETTA, o. c. per tutte queste ordalie.

(2) Vedi MURATORI, diss. 38: DUCANGE, v. *Aquae frigidae iudicium*. Ne parla Incmaro, *De divortio*, pag. 607; Liutp., 50; Cap. Loth., 829, c. 57. In doc. an. 1102: *ferrum cacavum pugnam aquam vobis non iudicabit*; UGHELLI, VII, 864.

Digitized by Google

Italia e ne fanno menzione i nostri criminalisti del secolo XVI. Si credeva che alla presenza o al contatto dell'uccisore le ferite dell'ucciso dovessero sanguinare di nuovo, o apparire nel cadavere altri segni, come schiuma alla bocca o fremito. La persona sospetta pronunciava un giuramento di purgazione, appoggiando le dita sulla ferita o sull'ombelico del morto, oppure fregava la ferita con uno straccio di lana, o passava sul cadavere a piedi nudi. Questa prova però doveva essere fatta entro poche ore dacchè l'omicidio era avvenuto.

38. La prova del *iudicium panis adiurati* consisteva nel trangugiare una quantità determinata di pane e cacio: l'accusato era convinto se non vi riesciva. In quella del *iudicium crucis* si collocava l'accusato in piedi e gli si faceva tener le braccia alzate a modo di croce per un certo tempo, durante la recita del vangelo. Era esperimento imposto tanto all'accusato che all'accusatore e perdeva la lite chi primo lasciava cadere le braccia. Era prescritto dai Capitolari (1) e spesso usato nelle cause ecclesiastiche (2). Ma nel sec. IX le leggi franche lasciarono all'attore la scelta fra la croce e il duello (3). Questo *cruce contendere, ad crucem expansis brachiis stare* fu ammesso solo pei *timidis atque imbecillibus sive infirmis qui pugnare non valent* (4), e poi vietato perchè il segno della croce *cuiuslibet temeritate contemptui habeatur.*

La prova dell'Eucarestia costituiva una *purgatio canonica*, come il giuramento. Fu la prova sostenuta da papa Gregorio VII a Canossa: *Ecce Corpus dominicum quod sumpturus ero in experimentum mihi hodie fiat innocentiae meae, ut me hodie absolvat si innocens vel condemnet subitanea morte si reus.* La prova dell'Eucarestia fu accolta anche da Graziano fra i giudizi di Dio (5).

39. Il giudizio della caldaia pendente consisteva nel sospendere una caldaia piena di acqua e pronunciare certe preghiere: se l'accusato era colpevole, l'acqua doveva agitarsi e la caldaia girare. Quello del pane consisteva nell'appendere certo pane benedetto: se l'accusato era colpevole, il pane avrebbe preso un movimento di ondulazione: *si inculpabilis non movetur.*

---

(1) Capit. Pipini 753, c. 19; 779, c. 10; 803 c. 5, pag. 47, 113, 117.

(2) UGHELLI, V, 610. E anche in MURATORI, *RISS*, II, 2, 101.

(3) Capit. Karoli apud Ansegisum servata, 810, c. 5.

(4) Capit. legib. add., 817, c. 1, pag. 281.

(5) HILDEBRAND, *Purgatio canonica*, 1841; HILSE, *Gottesurtheil d. Abendmahlsprobe*, 1867.

Digitized by Google

40. I primitivi cristiani erano soliti giurare sulle tombe dei martiri o sulle loro reliquie, e i Padri della Chiesa riconoscendo la santità del giuramento e la vendetta divina contro lo spergiuro, suggerivano di ricorrere a questo mezzo per provare l'innocenza. Del resto il Vangelo insegnava che si dovesse aver fede: *habete fidem Deo: quicumque dixerit monti huic: tolle et mitte in mare: et non haesitaverit in corde suo sed crediderit, quia quodcumque dixerit fiat, fiet ei* (Marc. XI, 22). Tanta fiducia nel sopranaturale favoriva le pratiche delle popolazioni germaniche, e i sinodi transalpini del sec. VIII permisero vere ordalie nelle accuse di spergiuro e di adulterio (1): e nel sec. IX, malgrado che alcuni, come Agobardo, le combattessero e volessero sostituire altre prove più razionali, i giudizi di Dio ebbero la sanzione dei Concili e furono riconosciuti nelle collezioni canoniche. Così il Sinodo di Magonza (847) prescrisse il giuramento con dodici congiuratori per il libero, e dodici vomeri infocati per il servo accusato di avere ucciso un sacerdote. Forse anche nell'alto medio evo le ordalie ebbero dai Concili italici minor favore: però non mancano esempi di rei cui fu imposto di purgarsi *ferventi aqua aut candenti ferro* e a Milano nel 1103 un chierico convinto di simonia dovè attraversare un rogo, come già lo aveva attraversato Pietro Igneo nel sinodo di Roma. Essendosi poi constatata una scottatura nella mano del prete, una parte della popolazione si sollevò, e la questione venne portata ad un sinodo romano presieduto dal papa (2).

Ma a cominciare dal sec. XIII papi e Concili avversarono i giudizi di Dio, vietando ai chierici di benedire l'acqua bollente o il ferro infocato. Già riguardo al duello Alessandro III ne aveva condannato l'uso da parte degli ecclesiastici: mentre Innocenzo III lo riprovava più come giudizio di sangue cui gli ecclesiastici non possono prender parte che come giudizio di Dio: ma egli pure era avverso a questo, tanto che depose un vescovo che aveva fatto appiccare un ladro convinto colla prova del ferro infocato. Chi condannò recisamente i giudizi di Dio fu papa Onorio III perchè con essi si voleva tentare Dio: e condannò anche l'uso del duello, e al Comune di Firenze che voleva costringere al duello la chiesa dei SS. Apostoli per una lite che aveva con alcuni cittadini fiorentini scrisse essere questa *rem inauditam et tam iuri scripto quam*

(1) Concil. Tribur., 895, c. 22; Conc. Magunt., 847, c. 24.
(2) LANDULPHI, *Hist. Mediol.* in MURATORI, *RISS*, V, pag. 479.

Digitized by Google

equitati contrariam. E Innocenzo IV fra le altre colpe di Federico II ricordava di avere imposto il duello agli ecclesiastici.

In quanto agli scrittori contrari ai giudizi di Dio, il primo posto è tenuto da Agobardo vescovo di Lione (m. 840), che compose un'opera dal titolo *Liber adversus legem Gundobadi et impia certamina quae per ea geruntur* (1), nella quale pur riconoscendo che l'esito dei combattimenti dipende dal volere di Dio, affermò che talora questi punisce col cattivo esito di un duello colpe di cui non si trattava nel caso in cui al duello si è ricorso. Egli combattè le prove che erano a base del procedimento barbarico, favorendo nel loro posto la prova testimoniale e l'inquisizione del giudice e tutt'al più il giuramento quando non vi erano testimoni.

Poichè la Chiesa era contraria al duello, così non mancano esempi di vescovi e abati che sfidati a sostenere le loro pretese col duello, vi rinunziarono preferendo perdere la causa (2). Di ciò è testimone il doc. del 1098 relativo a una contesa che aveva il Monastero di S. Prospero di Reggio Emilia. L'abate sicuro del suo diritto perchè aveva *praecepta regum*, invocava la legge di Giustiniano *et alias multas allegationes.* Ma i giudici gli imposero il duello: *iudices omnino respuerunt et dixerunt nullo modo aliud facturos nisi quod facerent pugnam. Et invita parte ecclesiae fecerunt appellationem et responsionem de pugna.* L'abate doveva subire la prova e presentare i campioni, ma al giorno stabilito *tantam habuit humilitatem* da dirsi pronto a rinunziare ai suoi diritti (3).

Graziano non fu risolutamente contrario ai giudizi di Dio: solo riconobbe proibite le prove dell'acqua bollente e del ferro infocato. Egli parlò della *purgatio*, che l'accusato deve sostenere, e già la precisò col nome di *canonica* quando è ordinata dai canoni, alla quale poi si oppose la *vulgaris* se ordinata dalla legge laica e che non poteva ammettersi nei giudizi ecclesiastici. Con Gregorio IX l'ordalia fu definitivamente condannata: ma del duello continuarono ad occuparsi i civilisti e i proceduristi.

41. Molte formalità accompagnavano i giudizi di Dio, compreso il duello, le quali sono descritte negli *Ordines iudiciorum* composti dopo il sec. IX (4). La prima preparazione era il digiuno di almeno

(1) Ediz. BALUZII, I, 113, e MIGNE, CIV, pag. 125.

(2) an. 1013: RENA, II, n. 7, pag. 32.

(3) FICKER, IV, n. 91.

(4) *Formulae*, ed. ZEUMER, p. 676, 719: *cum magna diligentia fiat manus involuta sub sigillo iudicis signata*, ecc., pel duello.

Digitized by Google

tre giorni: seguiva poi la messa, quindi la benedizione dell'acqua, del fuoco, delle armi, di colui che doveva sostenere la prova, e ciò perchè Dio sventi ogni trama e frode diabolica. Anche le leggi longobarde parlano di malizie a cui ricorrevasi (Roth. 368), e nei Capitolari di Carlo M. si allude ad erbe magiche e ad altre superstizioni per sovvertire l'esito delle ordalie. Pare che vi fossero persone che si offrivano come campioni, quasi esercitanti la professione, e quindi abituati a varie malizie per ottenere a loro favore il risultato di questo genere di prove.

42. In quanto alla pratica strettamente italiana, solo il duello rappresentò la prova ammessa nella procedura. Anzi esso fu elevato a privilegio speciale delle Chiese per difendere i loro possessi quando mancavano di documenti o non potevano provare la prescrizione acquisitiva. La ricordata legge dell'imperatore Ottone I colla quale si colpivano gli uomini sì poco rispettosi del giuramento, obbligandoli a sostenere col duello le loro pretese, era stata promulgata nell'interesse delle chiese le quali nelle questioni di possesso, quando alcuno tentava di rivendicarlo appoggiandosi su carte false, potevano così invocare il giudizio di Dio [1]. Anche prima della legge generale alcune avevano ottenuto questo rimedio mercè privilegi imperiali, in forza dei quali esse potevano difendere i loro patrimoni, contro gli attacchi di terzi anche appoggiati a prove scritte, per mezzo del duello. Così Guido nell'892 e Lamberto nell'898 avevano concesso alla chiesa di Modena, nel caso che non potesse trovare testimoni o avvocati per difendere i suoi possessi, di ricorrere alla prova del duello che sarà sostenuto da un libero dipendente dalla chiesa, e ciò in tutte le cause in cui sospettasse delle testimonianze addotte dalla parte avversaria. Questa era nel bivio di accettare il combattimento o di perdere la causa [2]. I due diplomi citati sono interessanti anche perchè parlano di *populi conspiratio ad tollendas res ecclesiae*, di *coniuratorum adunata collectio*, e mostrano l'esistenza di movimenti locali da parte delle popolazioni per spogliare le chiese dei grandi patrimoni accumulati; movimenti che ora prendevan l'aspetto di sommosse e congiure, ora si manifestavano col rifiuto a testimo-

---

(1) La legge di Ottone I fu fatta pel vescovo di Vercelli: Liber papiensis, I, c. 3 (PERTZ, IV, pag. 372).

(2) TIRABOSCHI, *Modena*, I, n. 51, 54; UGHELLI, II, 13. Documenti analoghi v. nei *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, 64 e 523; e in UGHELLI, V, 711.

Digitized by Google

niare della legittimità di quei possessi e colla falsificazione di carte. In quei diplomi si allude anche alla facilità con cui si spergiurava non da parte di pochi, ma dai *commanentes*, cioè da molti della popolazione dipendente dalle chiese per spogliar queste dei beni (1).

Tale procedura di eccezione faceva parte del programma proseguito dagli enti ecclesiastici per realizzare un diritto patrimoniale privilegiato, e ciò riducendo al minimo la parte del magistrato nell'istruzione e discussione delle cause riguardanti i beni del clero e disponendo di un sistema probatorio sommario, definitivo, quale era quello *per inquisitionem*, e col duello.

Si aggiunga che nei diplomi di concessione è detto che la prova del duello doveva effettuarsi davanti all'imperatore (2), ai conti palatini (3), a quei grandi investiti del banno imperiale (4), giacchè solo davanti all'imperatore o ai suoi messi questa prova si poteva esperire. Nè basta: perchè altra concessione era che potesse sostenerla l'avvocato in persona, o liberi dipendenti, o chiunque piacesse al vescovo o all'abate delegare (5). I diplomi degli ultimi anni del sec. XII più non alludono a questi privilegi, poichè l'uso del duello nella procedura giudiziaria si andava sempre più abbandonando.

43. Ma non possediamo alcun documento dal quale risulti come i campioni siano scesi in lizza. Il duello era offerto, minacciato, e la controparte rinunziava alle sue pretese od eccezioni. Nei giudicati dal sec. VIII al XIII le prove in uso restarono quelle per testi e documenti. Del duello tacciono le carte longobarde e quelle del sec. IX, e solo vi si accenna nella fine del X — an. 971 a Verona, davanti al patriarca di Aquileia *missus d. imp.* assieme a conti, marchesi e a cinque vescovi, si presentano tre preti assieme a un loro nipote in lite per certi beni: essi si richiamano a una carta che giustifica il loro possesso. Il convenuto la impugna di

(1). *Si conspiratorum adunata collectio commissum scelus negare atque per sacramenta purgare voluerit, liceat per suspicione falsitatis eccl. administratoribus per pugnam hominis liberi... adprobare... ut pugna aut testibus dirimetur et pars ecclesiae suspecta testimonia adversae partis pro conspiratione et periurio dubitando habuerit, si pugnam elegerit*, ecc.

(2) an. 1191 e 1196: STUMPF, n. 406-424.

(3) an. 1116, id., n. 89; an. 1115: MURATORI, *Ant. est.*, 314.

(4) an. 1054: *in vestra* (Enrico II) *presencia per pugnam definimus.* FICKER, IV, n. 64; an. 892: *pugna aut testibus dirimatur*; UGHELLI, II, 122.

(5) an. 1014: ZACCARIA, pag. 89; SALVIOLI, *Immunità*, 90.

Digitized by Google

falsità e di essere pronto a sostenere la sua asserzione col duello. Le parti dànno *wadia*, gli attori *ad adverandam cartulam iusta capitulare qualiter domnus Otto est institutum* (1); il convenuto sta pronto *ad defendendam*. Al giorno stabilito il convenuto si presenta al duello che i sacerdoti non accettano e perdono la lite (2).

Nel 998 a Roma davanti a un *missus* di Ottone III e di un altro di papa Gregorio V assistito dal prefetto e dai giudici di Roma vi è controversia fra un prete e l'abate di Farfa, che era stato convenuto davanti l'imperatore e il papa. L'abate chiede un differimento perchè non è pronto e manca dell'avvocato, e questi gli è dato dal tribunale nella persona di un romano: del che egli si duole perchè il monastero vive *secundum legem longob.*: ma in cambio ottiene una dilazione. Si presenta al giorno stabilito coll'assistenza dell'avvocato, che sostiene il diritto del monastero di essere giudicato secondo la legge longobarda, ma di accettare quello che piacerà ordinare l'imperatore, il quale intende di stabilire prima con quale legge viva il mon. L'abbate presenta un diploma dell'imperatore Lotario, diploma che l'attore impugna come falso. Il tribunale chiede all'attore la prova della sua asserzione. L'avvocato si dichiara pronto a provare le genuinità per congiuratori o per duello. L'attore rinuncia alla prova: dopo di che il tribunale sentenzia che il mon. sia soggetto alla legge longobarda. Allora si ritorna alla questione principale coll'intervento di giudice longobardo. La discussione è lunga e complicata fra questo giudice e il romano se il possesso era *cum pensione* o *sine pensione*, e si decide che se l'attore può provare con testi che era *cum pensione*, l'avvocato del mon. possa provare il contrario o con testi o col duello. L'attore presenta tre testi che dànno risposte contraddittorie: si dà loro un altro termine a rispondere e infine si conclude che siano *falsi et abiciendi ex placito*. Perciò *refutatio* da parte dell'attore che pretende dall'abate il giuramento. Si disputa se debba prestare *iur. de asto*. Infine il tribunale decide che l'attore giuri, ma egli si rifiuta: allora è condannato e la carta è stracciata. Anche qui si parla di duello che non è sostenuto, come nemmeno è sostenuto il giuramento (3).

---

(1) Liber papiensis, Otto I, c. 1.

(2) MURATORI, *Antich. estensi*, I, 152.

(3) MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; GALLETTI, *Primicerio*, n. 21; *Regesto di Farfa*, III, n. 426.

Digitized by Google

A Gaeta nel 999 davanti a un *missus* e *capellanus* dell'imperatore alcuni uomini contestano al vescovo di Gaeta di essere liberi e non servi: il vescovo aveva reclamato all'imperatore. Gli uomini diconsi pronti *si voluissemus pro inde pugnari ad spatham*: ma al momento opportuno rinunziano al duello e alla loro pretesa di ingenuità (1). E vi rinunziò nel 1013 in giudizio a Ferrara davanti al marchese e a sei giudici romani e a due longobardi l'avvocato di monastero perchè temeva la cruenta prova (2): e parimenti nel 1015 sempre a Ferrara un altro avvocato obbligato a giurare o a provare col duello, *duplici timore coactus quia si eius propugnator pro reatu periurii in duello cecidisset tota res dupliciter abbati redderet* oltre una pena, *per fustem refutavit terram*, ecc. (3). Così anche i milanesi andati a Roma ad accusare papa Alessandro III *ut venerunt ad diem quo iudicium per ferrum calidissimum ageretur*, dissero che Dio aveva loro aperto gli occhi e sconfessarono l'accusa (4).

Il duello appariva così pericoloso e si preferiva perdere: si era contrari ad esso come a tutti i giudizi di Dio (5). Con ciò non si vuole concludere che duelli non si facessero: se così fosse non si comprenderebbero le formole di esorcismi, i vari riti sacri, i diplomi di concessione, ecc. Le molte disposizioni su questa prova che si trovano negli Statuti municipali dell'Alta Italia, le clausole con cui i vescovi cedendo ai consoli la giurisdizione sulle città riservavano a sè la presidenza nei duelli, come una loro prerogativa, fanno ritenere che il duello non fosse del tutto abbandonato. Dicasi lo stesso degli altri giudizi di Dio, però anche essi proposti ma non attuati (5), salvo quello della croce, poco pericoloso (6).

§ 8. *Svolgimento delle prove.*

44. Come si dirà più avanti, a proposito del giudizio, tutta la procedura barbarica era fondata sull'attività delle parti, le quali colle parole e gli atti ne dirigevano lo svolgimento: i po-

(1) GATTULA, I, 114; UGHELLI, I, 530; *Codex dipl. Caietanus*, I, n. 100.
(2) RENA, *Serie dei duchi di Toscana*, 1775, n. 7.
(3) Id., pag. 32; TIRABOSCHI, *Modena*, II, n. 156.
(4) LANDULFI, *Hist. mediol.*, III, 19.
(5) Quello del ferro rovente: *Mon. h. patriae Chartar.*, II, 400, an. 1157.
(6) an. 837: lite col vescovo di Verona per le mura della città e vince il campione che tenne alte le braccia per gran parte della messa; UGHELLI, V, 611.

Digitized by Google

teri del tribunale erano limitati tanto che si potrebbe dire nullo il suo intervento. La decisione era strettamente legata ai risultati della prova. Ma la questione preliminare e la più importante perchè decisiva per la risoluzione della lite era stabilire a quale delle parti incombesse dare la prova. È opinione comune che i Germani, a differenza dei Romani, ponessero al convenuto l'onere della prova: ma non è vero: dare la prova nel processo germanico poteva spettare tanto al convenuto quanto all'attore. Tutto dipendeva dalle parole e dagli atti delle parti, cioè dal modo e forma con cui l'azione dell'uno e l'eccezione dell'altro erano proposte: il che vuol dire che l'onere della prova era governato dal formalismo procedurale.

Pel diritto germanico tanto credito aveva la domanda dell'attore, quanto la risposta del convenuto: presentandosi così di pari valore nel loro significato giuridico, allora doveva dare la prova colui che potevasi presumere meglio sapesse il fondamento del suo diritto o che si trovava in un migliore stato di fatto, per es., chi ha il possesso (1): colui del quale l'affermazione sembrava essere più rilevante per motivi formali; per es., offre testimoni, mentre la controparte confessa non averne; o per motivi materiali, per es., si richiama al titolo del diritto contestato, titolo che non può allegare la controparte. Il mezzo probatorio più decisivo assicurava vantaggi.

Il diritto longobardo si attiene a questi principii regolatori delle prove e non si può escludere che al giudice nello stretto ambito delle prove formali fosse negata la facoltà di ripeterle da chi doveva sapere, poichè la verosimiglianza del sapere è a base del sistema probatorio germanico. Perciò anche l'attore poteva essere assoggettato al giuramento di purificazione, quando il convenuto persisteva nelle sue denegazioni: in tal caso l'attore assumeva l'aspetto di un accusatore, di un calunniatore, e doveva *se idoneare* (Roth. 198, 381), dopo che l'accusato aveva potuto *per*

---

(1) Il principio romano *melior est causa possidentis* fu anche proprio del germanico (HEUSLER, *Gewere*, 73, 87: *Instit. d. deut. R.*, II, 45: HORTEN, 160), ma per un'altra ragione, perchè nel diritto romano non era tenuto a provare mentre nel germanico poteva provare non aver commesso violazione del diritto altrui, non essere ladro od usurpatore: egli si difendeva dall'accusa *malo ordine possides*, rispondendo: *non malo ordine possideo.... et ita consignare possumus* testimoni: an. 777 *Reg. di Farfa*, II, n. 107.

Digitized by Google

sacramentum parentum aut per pugnam se mundare (Grimoald. 7). Così solo l'attore si salvava dalla pena dei calunniatori.

Ma vi sono nell'Editto considerati altri casi in cui la prova era onere dell'attore; in tutti i casi di danno sofferto (*ille qui damnum pertulit, iuratus dicat quantum in eadem casa perdidit*; Roth. 146), in quelli di offese alla integrità personale, di violazione della *curtis*, e sempre quando vi è la presunzione che egli sappia, e possa dimostrare la esistenza di un suo diritto leso o contrastato, un credito che gli è negato, una proprietà di cui è stato privato o spogliato.

Il convenuto è sottoposto ai mezzi di purificarsi quando l'attore non ha la prova decisiva (1). Nel dubbio egli deve sapere, deve giurare. Ma questa scienza è solo presupposta nelle azioni penali e di debito. Anche l'erede deve conoscere la colpa del morto che era della sua famiglia, il figlio non può ignorare i debiti del padre morto: *praebeat filius sacramentum secundum qualitatem pecuniae quod pater ipsius ei debitor non fuisset aut per pugnam se defendet* (Roth. 365). Una legge beneventana dell'epoca carolingia stabiliva che se alcuno richiedeva il figlio per un debito del padre morto e il figlio rispondeva di nulla sapere, doveva giurare *quod nec non neglexisset perquirere nec de ipsis rebus unde pulsatus est aliquid signum apud se repperisset* (Aregis 3). Così anche i Capitolari franchi congiungono l'onere della purificazione per mezzo del giuramento all'idea che chi giura sappia (2).

Così il convenuto nega il fatto; è presumibile che sappia (3): pagò il canone o no, è cosa a lui ben nota, e può e deve giurare (4)

Ancora si nota, che dovendo la prova cadere sopra colui che si presupponeva sapesse, così cadeva sopra colui che aveva il possesso, il quale costituiva una presunzione di diritto, sulla base della buona fede. Il diritto medievale richiedeva che il possesso fosse pubblico e manifesto, cosicchè restasse escluso il sospetto

(1) an. 950: FANTUZZI, *Monum. ravenn.*, IV, 176.

(2) Capit. italic., c. 6, pag. 217: *quaelibet persona de hoc quod interpellata fuerit praesentaliter aut emendet aut sacramentum reddat solus quod nec ipse fecisset nec si fecisset sciat.* Capit. Carisiaci, 873, c. 3, pag. 344: *iuret cum 12... quod latrocinium aut rapinam non fecisset... et si scierit qui hoc fecerit... non celet.*

(3) an. 982: *Cod. cav.*, II, n. 338, 339.

(4) an. 871: UGHELLI, I, 798: *Mem e doc. di Lucca*, IV, 2, n, 39: V, 2, n. 811.

Digitized by Google

che la cosa, trattandosi di mobili, fosse rubata (1), e i testimoni devono appunto dichiarare che il possessore non fu *silens*, ma che tenne la cosa *ad suam proprietatem* (2): e partiva dal presupposto che ogni possessore di una cosa mobile e immobile conosca il suo autore, cioè come la cosa sia a lui pervenuta: il possessore deve sapere il titolo del suo possesso (3). Infatti nei processi l'interrogatorio del giudice si rivolgeva a chiedere al convenuto: *quo ordine tu tenes et possides terram?* (4); e il possessore e l'occupante dovevano provare la *ratio* per la quale avevano arato il campo, piantatovi un segno (*wifa*), ecc. (5): e ciò provare con carte, testimoni (6), e giurare sopra la non falsità delle carte (7). Ma il possessore poteva anche essere l'attore, in quanto voleva assicurarsi da possibili future molestie, ed in questo caso dava la prova del suo buon diritto (8). Dicasi lo stesso se il convenuto, dopo che l'attore aveva riconosciuto la legittimità del possesso di lui e rinunciava alla istanza, chiamava testimoni perchè confermassero il suo diritto (9), e allo scopo di metterlo più sicuro, anche dopo che l'attore aveva desistito, invocava il giudizio di Dio al quale naturalmente la controparte si sottraeva (10). La rinunzia alla prova che faceva il convenuto, la sua dichiarazione che non possedeva carte e che non poteva presentare testi e non voleva giurare, non escludeva che l'attore si offrisse a dare la prova come la sua domanda era fondata: e quindi l'onere della prova che nelle

---

(1) an. 941: *dixit: Propterea moniminas has hic in iudicio ostensi ut silens nec appaream nec quislibet homo dicere possit quod ego eas occulte aut conludiosas habuissem vel tenuissem*, ecc. *Cod. diplom. Langob.*, n. 658, an. 962, id., n. 663.

(2) *Cartular. langob.*, n. 17; *Mon. Germ. Leges*, IV, 600.

(3) Roth., 151: *quia omnes scire debent quod suum non est alienum.*

(4) an. 822: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 20; an. 776: *Regesto di Farfa*, II, n. 95.

(5) Roth., 240, 379; Liutpr., 148, 150: an. 822: *res illa unde tu dicis .... non avemus sed tibi pro quid devemus exinde ratione ponere?* Risponde l'attore: *tantum ponitis mihi ratione pro qua vos eas abere voletis. Mem e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 20: MURATORI, I, 511.

(6) an. 767: *Regesto di Farfa*, II, n. 30.

(7) Pactum de Leburiis, c. 6.

(8) an. 994: MURATORI, *Antichità estensi*, I, 133; 881: *Antiq.*, II, 931.

(9) an. 801: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 3; an. 859, 905: *Cod. dipl. Langob.*, n. 207, 416.

(10) an. 1055: *Cod. dipl. cavens.*, VIII, n. 1265; an. 1098: FICKER, IV, n. 91.

Digitized by Google

cause di immobili o mobili cadeva sul possessore, passava su colui che agiva per rivendicazione, anche quando il suo diritto era provato verso il possessore; ma egli rivolgevasi a tutti e tutti sfidava: *si quislibet homo adversus nos aliquit dicere vult, parati sumus cum eo exinde ad racione standum et legitime feniendum et querimus ut dicant* ecc. (1). O se egli aveva perduta la cosa o l'aveva consegnata ad altri per riaverla, doveva darne la prova contro il possessore convenuto. Così dunque il provare poteva divenire un dovere di chi moveva l'azione.

45. Se le affermazioni delle parti erano di valore diverso, il vantaggio di dare la prova era assicurato a colui che aveva affermato in modo più deciso, con ragioni di maggiore momento, ed offriva prove più forti. Così chi allegava di essere pronto a provare, superava l'altra parte che si limitava alla sola affermazione o negazione, o allegava un titolo giuridico senza provarlo. Questi poteva essere l'attore o il convenuto (2): se l'uno o l'altro dichiaravansi pronti alla prova, aveva la precedenza chi poteva disporre della prova più decisiva (3); ma se nessuno aveva mezzi per provare, allora l'attore era ammesso a giurare. Ritenevasi suo diritto, perchè chi ha promosso la lite, si deve supporre che sappia e sia in buona fede (4) Il vantaggio della prova passava al convenuto se poteva addurre testi o documenti. La prova così era assicurata come diritto della parte in possesso dei migliori strumenti formali, come era assicurata a chi fondava il suo diritto sopra motivi giuridici, mentre la controparte affermava o negava senza indicare ragioni o titoli. Era verosimile che il primo avesse buon diritto: così mentre l'attore invoca i canoni, il convenuto si richiama alla successione paterna, titolo più di-

(1) an. 1054: FICKER, IV, n. 64; cfr. an. 821: *Reg. di Farfa*, n. 351.

(2) an. 764: l'attore dice *habeo testes* della compra e li presenta, vince la causa: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 1, n. 60: TROYA, n. 827: an. 807 *ecce testimonia* dell'attore: *Reg. di Farfa*, II, n. 284: an. 919 lo stesso: UGHELLI, I, 397.

(3) Il convenuto dice di avere testi e carta, ed egli ha il vantaggio della prova: an. 756, UGHELLI, VIII, 590: TROYA, n. 703: an. 747 ha testi e il tribunale ordina di presentarli: *Reg. di Farfa*, II, n. 30: TROYA, n. 602: an. 946 ha maggior numero di carte e gli è attribuito il diritto di giurare: *Cod. cav.*, I, n. 177: an. 1054, id. VII, n. 1125.

(4) an. 960 *Cod. cav.*, II, n. 211: an. 716: MURATORI, V, 914: an. 751 *Reg. di Farfa*, II, n. 31: TROYA, n. 646: an. 807: *Reg. di Farfa*, II, n. 184.

Digitized by Google

retto, per cui gli si accorda di provare con *idonei et credentes homines* (1); o si richiama alla prescrizione (2). Poichè però tale valutazione era affidata al tribunale, e in tale materia delicata non potevansi dare regole precise sopra questa verosimiglianza di sapere e sulla maggiore prossimità alla prova, non vanno esclusi casi che hanno l'aspetto di deviazioni ai concetti regolatori delle prove, quali desumonsi dalle leggi e dal maggior numero di documenti (3).

46. Volendo poi valutare il posto che nell'ordine delle prove aveva la prova scritta. che nella procedura moderna ha tanta importanza, dobbiamo dire che essa non teneva il primo posto in quella barbarica, ma aveva solo il valore probatorio di un momento di verosimiglianza senza riguardo al suo contenuto. Le leggi germaniche che meno parteciparono all'influenza romana, ponevano le carte in una posizione secondaria, il che doveva essere proprio di genti incolte, presso cui la scrittura e le istituzioni ad essa collegate, come il notariato, non erano penetrate. In Italia invece le tradizioni romane vinsero facilmente anche in questa materia, e nel procedimento longobardo le carte furono il mezzo più sicuro e accreditato per vincere, e quindi ottennero un posto di grandissima importanza: il che si accentuò maggiormente sotto i Carolingi e nelle epoche seguenti. Si credeva di più a chi aveva un chirografo che a colui che ne mancava (4). In Italia il notariato aveva resistito alla bufera delle invasioni, come le scuole, la cultura letteraria, come le formole da usarsi nei documenti notarili. Questi potevano essere attaccati di falso, e allora si procedeva alla verifica di essi; ma in tal caso si entrava nella valutazione del

(1) an. 785: MURATORI, I, 745: *Mem. di Lucca*, V, 2, n. 202.

(2) an. 884, id., IV, 2, n. 49: an. 915, 975: GATTULA, I, 88, 68.

(3) Nè l'attore nè il convenuto hanno prove: al secondo è deferito il giuramento: an. 764: TROYA, n. 827: an. 950: FANTUZZI, IV, p. 176: an. 902: MURATORI, V, 309. Invece è deferito all'attore in *Mem. e doc. di Lucca*, IV, n. 2, n. 32: V, 2 n. 711: UGHELLI, I, 798: an. 963: GATTULA, I, 308, *Reg. di Farfa*, II, n. 25, 815, 844: MURATORI, I, 529, 537, *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 595.

(4) *propior erat ille ut terram haberet qui cyrographum habebat quam qui non habebat*, cit. da BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der Urkunde*, 207; an. 674: l'attore presenta la carta e così si libera dalla prova del duello che voleva sostenere il convenuto: TROYA, n. 40: AFFÒ, *Parma*, I, n. 5: Così pel placito an. 811, *Reg. di Farfa*, II, n. 197 e in quello del 966, in *Reg. sublac.*, n. 118.

Digitized by Google

diritto materiale, e quindi la validità riconosciuta alla carta costituiva la prova del diritto impugnato. La verifica era raggiunta per mezzo del giuramento (*adverare cartam*) e colui *qui cartulas adveraverit... semper securus habeat ipsam terram* (1). Si prescindeva così dalla prova materiale del contenuto: la formola del giuramento teneva luogo della prova: la disputa sulla genuinità della stessa carta era finita col giuramento, che esauriva anche la sostanza della causa (2): dal momento che il documento era vero, fondato era anche il diritto di colui che lo aveva presentato al tribunale (3).

Che se ambe le parti presentavano carte che erano riconosciute buone, si procedeva alla ricerca dell'*auctor* per verificare se egli aveva trasmesso il suo diritto, a chi e se lo poteva fare (4): si esaminava chi possedesse da più tempo per applicare la prescrizione trentennale (5) o quella per un tempo più lungo (6). Il documento nella procedura italiana aveva così raggiunta una grandissima importanza, e non si aveva riguardo alla parte che lo presentava al tribunale, ma al valore di esso e meglio alla maggiore verosimiglianza del suo contenuto. Esso decideva il processo quando la sua bontà era posta fuori di contestazione. L'esame del merito della causa restava assorbito dal documento riconosciuto valido: cosicchè vinceva chi possedeva il documento, indipendentemente dal fatto che fosse l'attore o il convenuto.

---

(1) an. 1054: *Cod dipl. cavens.*, VII, n. 1195.

(2) an. 985, id., II, n. 377: il giudice interroga *si potuerit per testimonia firmare qualiter ipsa terra tenuisset... dixit ut ipso scriptum quod ostensit esse veracem et iusta legem adverare potere. Unde inter eis... iudicabi... ut adveraret ipso scriptum et in ipsum sacramentum firmare ut ipsa terra tenuisset*, ecc.

(3) an. 1055: id., VIII, n. 1265.

(4) an. 902, id.: I, n. 115. Sulla *laudatio auctoris* si parlerà nel cap. VI sul procedimento di esecuzione.

(5) an. 1020: id., V, n. 725; MURATORI, V, 923.

(6) an. 1055: id., VIII, n. 1321; an. 928: id., I, n. 148; an. 873: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 831.

Digitized by Google

CAPO IV.

Il giudizio

SALVIOLI, *Iusiurandum de calumnia nel suo svolgimento storico*, 1888; BATTAGLIA, *La difesa nei giudizi sotto la monarchia dei Longobardi e dei Franchi*, nella *Rivista di storia e filos. del diritto*, 1900, e *Circolo giuridico*, XXXI, 1890; SCHUPFER, *Diritto privato dei popoli germanici*, I, pag. 313-342 (sulla rappresentanza); CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiziarie*, 1901; RISPOLI, *Processo civile contumaciale*, 1911; THONISSEN, *Organisation iudiciaire de la loi salique*, 1882; PARDESSUS, *Loi salique*; GLASSON, *Hist. du droit français*, III; FAUSTIN HELIE, *Traité de l'instruction criminelle*, I; FUSTEL DE COULANGES, *Hist. des institutions politiques de l'ancienne France*, 1888, pag. 304-406: *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 1885, pag. 354-528; ESMEIN, *La chose jugée dans le droit franc.*, nella *Nouvelle revue historique de droit*, XI, 1887; MAURER, *Geschichte der altgermanischen u. namentlich altbairischen Gerichtsverfahren*, 1824; ROGGE, *Ueber Gerichtswesen der Germanen*, 1820; SIEGEL, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahren im MA.*, 1879; BETHMANN-HOLLWEG, *Germanisch-romanische Civilprozess im MA.*, 1868; DAHN, *Fehdegang u. Rechtsgang in Bausteine*, 1880; SOHM, *Prozess d. Lex Salica* cit. e trad. in francese; OPET, *Geschichte der Prozesseinleitungsformen*: I, *Zeit d. Volksrechte*, 1891; BRUNNER, *Wort u. Form im altfranzos. Prozess*, 1868 e nelle *Forschungen*, pag. 268 e segg. (trad. nella *Revue critique de legislation et de Jurisprud.*, XXI, 1871-2); BRUNNER, *Zulassigkeit der Anwaltschaft im franzosisch-normannischen und englischen Rechte des MA.*, in *Zeitschrift fur vergleich. Rechtswiss.*, I, 1886, e nelle *Forschungen*, pag. 389 e segg.; LASS, *Anwaltschaft im Zeiltalter der Volksrechte und Kapitularien*, 1891; HÜBNER, *Immobiliarprozess d. frank. Zeit*, 1910: HEINEMANN, *Der Richter und die Rechtspflege in deutsch. Vergangenheit*, 1900; BEYERLE, *Entwicklungsproblem des german. Rechtsgang*, I, 1915; GAL, *Prozessbeilegung nach frank. Urkunden*, 1910 e nella *Zeitsch. f. Rechtsgesch.*, XXXIII; SEELMANN, *Rechtszug im alt. deutsch. Recht*, 1911.

Digitized by Google

§ 1. *Le azioni.*

1. Il procedimento germanico, come si è detto (cap. II n. 4), non conosceva separazione fra processo civile e criminale.

Essendo tutte le azioni *ex delicto*, così il procedimento assumeva carattere penale e si parlava non del diritto dell'attore ma *de torto, de malo ordine* da parte del convenuto, il quale aveva commesso atti illeciti punibili, anche senza intenzione dolosa, *disvestivit nos malo ordine et contra legem et sine ullo iudicio* (1), od occupava terra *nescio quali ordine* (2). Ma nel progressivo svolgimento del diritto longobardo si può riconoscere come la teoria delle azioni abbia assunto una forma più netta, nel senso che siansi distinte le azioni aventi per obbietto la riparazione di un *crimen*, termine generico, per mezzo di una *compositio* o di un indennizzo, da quelle meramente civili: e siasi intesa in più largo senso la categoria dei *crimina* colpiti da pena pubblica. Una seconda classe era costituita dalle azioni relative allo stato delle persone, che vediamo essere riservate la tribunale del re e più tardi a quello del *missus d. regis*, fatta eccezione per le cause per rivendica di servi, mosse dai proprietari contro i possessori, che prima furono assimilate alle azioni mobiliari, poi furono trattate come azioni reali, immobiliari. Non chiara invece era la distinzione fra azioni reali e personali, e anzi insistente era la confusione delle prime nella categoria delle seconde. La proprietà era, in altri termini, meno protetta dalle azioni che vi si riferivano direttamente che dalle azioni personali nascenti da ingiustizie che avessero un riferimento verso beni mobili e immobili. Le azioni immobiliari erano ancora dirette contro colui *qui malo ordine invasit, qui iniuste tenet*, e si applicavano alle case, alle terre, agli allodi, ai benefizi, alle prestazioni, ai servizi, ecc., che assumevano così un carattere reale ed erano, a giusto titolo, garantiti da azioni della stessa natura (3). L'espressione *malo ordine* non si riferiva a intenzione dolosa, come presupposto per una violazione del diritto, ed era or-

(1) an. 821, 829, *Reg. di Farfa*, II, n. 251, 270: an. 840, GIULINI, I, pag. 442; *Cod. dipl. Lang.*, n. 138.

(2) an. 811, id. II, n. 269: an. 815, 822, MURATORI, I, 537, 511; *Mem. di Lucca*, V, 2, n. 397: IV, 2, n. 20.

(3) Cfr. placito dell'852, in MURATORI, II, 953.

Digitized by Google

mai adoperata nel senso di *mala fides* (1). Qualunque azione era proponibile col presupposto di stabilire non il diritto dell'attore ma il torto del convenuto, che non pagava, non eseguiva le sentenze (2), ecc. Inoltre il tribunale era investito di atti di giurisdizione volontaria, o chiamato a riconoscere diritti che temevasi potessero venire contestati, e non esistevano limiti alla ingerenza giudiziaria.

§ 2. *La contumacia.*

2. Colla *proclamatio litis* si iniziava il procedimento, ed il primo atto era di constatare la presenza di colui al quale era stata comunicata la citazione. Se egli aveva obbedito ed era intervenuto al placito coi testimoni, la causa era immediatamente discussa: se chiedeva dilazioni, gli erano accordati termini allo scopo che preparasse la difesa e presentasse testimoni.

Ma se non obbediva, non inviava al giudice altra persona per essere scusato per causa di malattia, di servizio per il re, di essere aggregato all'esercito, era dichiarato contumace. Le leggi trattano abbastanza largamente questa materia e mostrano così l'importanza che nelle monarchie germaniche aveva assunto l'amministrazione della giustizia col fine di assicurare la pace pubblica e di restringere vieppiù l'autogiustizia.

La contumacia si aveva disobbedendo alle citazioni o alla sentenza, e non si verificava invece se il convenuto presentava fideiussori che sarebbe intervenuto in giudizio, e poi non vi compariva, oppure prometteva con *wadia* di eseguire la sentenza e poi si rifiutava. In questo caso non si procedeva per la contumacia ma per la mancata promessa, essendo il giudizio germanico un rapporto contrattuale fra le due parti contendenti. Chi non rispondeva alle citazioni incorreva in una pena pronunciata dallo stesso tribunale investito dell'azione. Il diritto longobardo si ispirava al principio: *absens pro confesso habetur*. O non rispondeva il convenuto alla citazione o richiesto di prova abbandonava il tribunale, egli perdeva la causa (3). Sembra che dopo la citazione

(1) Cfr. Lib. pag. Exp. ad Liutp. 90, 2: form. ad Roth., 153: Expos. ad Widon., 5, Anche si tace del *malo ordine* quando si ignora *causa pro qua abes res*, an. 807, 865: MURATORI, I, 535: V, 275: an. 753: *Reg. di Farfa*, n. 34, 46; TROYA, n. 677, 757.

(2) an. 844: MURATORI, I, 467; FUMAGALLI, *Cod. dipl. santamb.*, p. 240.

(3) an. 871: *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, 52.

Digitized by Google

ripetuta *per tres vices* (1) o *per tres dies* (2), si potesse dichiarare la contumacia, nel senso che non fosse necessario ripetere la citazione una quarta volta e anche più. Così in presenza di re Ugo nel 935 a Parma l'attore avvocato di un monastero fa constatare che *hodie est transacto die tertio quod vos placitum tenere incipistis*, che egli è pronto a sostenere il duello, ma che l'altra parte non si è presentata (3). Ma questa aveva tempo di presentarsi anche al termine del placito; al principio del quale eran chiamate le cause da discutersi e assegnate a quella riunione, salvo a chiunque di presentare nuova azione o querela (4). Dopo tre placiti, *ad tria placita, ad tertium placitum* nei quali era certa l'assenza del convenuto, la contumacia era proclamata (5).

Leggi di re franchi estese in Italia ammettevano anche termini più lunghi, di 21 e di 42 giorni, prima che *possessio eius in bannum mittatur*. Poi si dava al citato un anno di tempo, scorso il quale *de rebus quae in banno missae sunt rex interrogetur et quicquid exinde iudicaverit fiat*. Le citazioni arrivavano a quattro e occorrevano 82 giorni prima di arrivare alla *missio in bannum* (6). Però la pratica italiana non accolse questi lunghi termini (7), e generalmente le citazioni erano tre con intervallo di 24 giorni e al 72° la contumacia era dichiarata (8): dopo di che si richiedeva dall'attore il *iur. de asto*, e la presentazione di quei documenti su cui fondava l'azione, ma senza discutere prove. Il giudice procedeva senz'altro ad *investire per fustem, per virgam, per baculum ligneum* l'attore dei beni pei quali erasi iniziata la lite, e ciò *salva querela*, cioè salvo il diritto del citato di poter entro un anno difendersi ed essere reintegrato nel possesso dei beni, termine che nei documenti di Spoleto è ridotto a 15 giorni (9). Resta fermo che anche il diritto del convenuto di rivendicare la proprietà che

(1) an. 897: id., IV, 3, n. 71.

(2) MURATORI, I, 966; III, 731.

(3) AFFÒ, I, 57; FICKER, IV, n. 23.

(4) an. 840: GIULINI, I, 442; *Codex dipl. Langob.*., n. 138; an. 923: LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, II, pag. 127.

(5) an. 994: FATTESCHI, n. 222; FICKER, IV, n. 36.

(6) Leg. langob. Karoli, 27. Citazione ancora per una quarta volta: an. 847: MURATORI, I, 497.

(7) Liber pap. ad Karol., 27.

(8) an. 994: FATTESCHI, n. 222.

(9) an. 982: FATTESCHI, pag. 304, n. 68; FICKER, IV, n. 33.

Digitized by Google

in tal modo, cioè colla contumacia, aveva perduto, non si prescriveva che col decorso di 30 anni (1).

La procedura relativa alla contumacia è bene chiarita dal *Cartularium longob.*, n. 21, dove è dichiarato contumace colui che *per plures vicies* citato da *missi* e da *epistolae* di venire al placito *non venit*: dopo di ciò l'attore viene investito *ad salvam querelam*. Il contumace si presenta al giudice che chiama l'attore *sed minime venit. Senior comes, recordamini ita? — Recordamur.* E si chiede *ut investiatis eum de ipsa terra... et mittatis bannum super eum et super res ut non sit aliquis homo qui audeat eum disvestire sine legali negotio.* La formola aggiunge che questo non si poteva più fare dopo che era passato un anno, e si richiama al diritto romano (2). Di questa disvestitura e reinvestitura *per fustem salva querimonia* si ha cenno in un doc. del 896 (3).

2. Come si è detto, la conseguenza del banno era la confisca, a cui seguiva la perdita dei beni in favore del re dopo un anno: *ut si annum ac diem in bannum iacuissent et a parte publica venissent* (4): e il banno era pronunciato *per istum fustem et wantonem*, e colle stesse parole erano le cose tolte *de banno* (5). Poteva anche invece del banno il giudice ordinare che si procedesse al pignoramento dei beni mobili (6), e forse solo dopo che nulla *de sua pignora invenire potuimus*, procedevasi a ordinare che *res eorum infiscentur* (7), all'*investitura salva querela*, la quale non era altro che la *missio in bona*, e non era definitiva, come lo era quella che seguiva un giudicato in contraddittorio.

In quanto alla contumacia dell'attore, che dopo di aver iniziato la lite, non più compariva al tribunale, si intendeva che avesse rinunziato all'azione, tanto che il convenuto aveva la facoltà di chiedere una conferma del suo diritto da parte del giudice. Così nel 971 il convenuto si dichiara pronto a sostenere la falsità di una carta presentata dall'attore: entrambi dànno *wadia*,

---

(1) an. 915: MURATORI, I, 487; LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, II, 97; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1166; *Cod. dipl. Langob.*, n. 466.

(2) In VIII libro Codicis. Cfr. BORETIUS, *Praef. ad librum papiens.*, § 76.

(3) GIULINI, II, 472; FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambros.*, pag. 541; *Cod. dipl. Langob.*, n. 370.

(4) *Mon. h. patr. Chartar.*, I, 552.

(5) Liber papiens., Form. ad Ludov., 16.

(6) an. 911: FICKER, IV, n. 20.

(7) Liber papiens., ad Loth., 25.

Digitized by Google

l'uno *ad defendendam*, l'altro *ad adverendam istam cartulam iusta capitulare qualiter d. Otto esse institutum* (1): al giorno stabilito il convenuto è presente per sostenere il duello: manca l'attore: quegli è mantenuto nel possesso dei beni contestati (2), e anche poteva essere protetto dal *bannum* minacciato a colui che l'avesse turbato (3). Questo *bannum* importava una pena pecuniaria in favore del fisco da pagarsi da colui che aveva iniziato l'azione e poi l'aveva abbandonata, nel caso che di nuovo la riprendesse, pena dalla quale si poteva liberare chiedendo un giudizio di purificazione (4).

Nelle cause criminali la contumacia del citato importava, senz'altro la *forbannitio*, cioè sentenza per la quale era posto fuori della legge e poteve da chiunque essere perseguitato. Esauriti i termini stabiliti dalla legge per comparire, si passava tosto contro il contumace alla procedura di esecuzione, che si riassumeva nella pronuncia della severissima condanna, la perdita della pace, cioè la esclusione del reo dalla società. La qual pena nella legislazione posteriore a quella dei Carolingi, minacciata prima contro tutti i contumaci, restò solo per quelli imputati di gravi delitti, omicidi e rapine, e quindi alla *forbannitio* pei contumaci fu data una interpretazione restrittiva nel senso che soltanto fosse applicata nei processi criminali (5).

§ 3. *Il giudizio e la sentenza.*

4. Nell'alto medio evo il tribunale esercitava funzioni che nelle civiltà più progredite sono devolute ad altri organi: per es. non soltanto definiva le liti che gli erano presentate, ma dava il suggello della sua autorità a documenti e a titoli di proprietà sui quali non cadeva contestazione fra le parti, oppure riconosceva situazioni giuridiche affermate da chi aveva interesse e non con-

(1) Liber papiens., Otto I, c. 1.

(2) MURATORI, *Antich. estensi*, I, pag. 152; DONDI DALL'OROLOGIO, *Dissertaz.*, II, append. n. 29.

(3) an. 1043: UGHELLI, V, 287.

(4) Capit. Aquisgr., 801-813, c. 13.

(5) Liber papiens., Expositio ad Ludov. P., 17, § 2: *Quidam dicebant Sed male dicebant quia predictum capitulum non loquitur nisi de crimine... res non transactabantur* (al fisco) *nisi pro crimine in bannum missae sunt* (*sint*).

Digitized by Google

tradette da altri. Nel *Cartularium long.* (17) si illustra una di queste facoltà del tribunale. Davanti al conte, *P. ostendit cartam quod non sit silens et habeat res ad suam proprietatem.* Egli invita chiunque a contestare la carta ed è pronto *cum eo stare ad rationem.* Vi è presente un Tizio che è interpellato *si carta bona est.* — *Sic est*: e Tizio ammette tutte le domande. *Spondes?* — *Spondeo.* Allora P. chiede ai *seniores iudices: Mittite iuditium, iuxta illorum professionem et manifestationem.* Dunque nessuna citazione, ma la semplice presentazione del titolo della proprietà, perchè sia eliminato ogni sospetto che la proprietà è tenuta *silens aut occultum aut conludiosum*, e sia riconosciuto il buon diritto del proprietario. Poteva darsi che all'*ostensio cartae* nessuno rispondesse, e allora nemmeno vi era la *professio* e il giudice senza altro emetteva una *noticia* in cui riportava il documento. Però nel primo caso se ne riconosceva l'autenticità, mentre nel secondo non vi era pronuncia in merito: soltanto se ne prendeva atto e se ne accertava l'esistenza (1).

Ancora si temono giudizi: può essere contestata la proprietà delle terre, tanto più che mancano i titoli, sono andati perduti; o contestata la libertà, e si vuole essere sicuro del proprio stato e di quello della prole. Davanti al placito si sollecita prevenire un giudizio di iattanza e si chiede: *volo scire si contendere volueritis.* Oppure è noto chi potrebbe contendere, e questi è invitato a presentarsi al tribunale, davanti al quale va invece di accordo coll'altra parte per confessare di non avere alcuna ragione di contrasto e, se ne avesse, di rinunciarvi, e dichiara *sua casa est*, siete tutti liberi, non mi appartenete. E il giudice rilascia una *noticia pro securitate* (2).

Si avevano così delle procedure volontarie, apparenti, colle

---

(1) Numerosi doc. riferiti da MENGOZZI, *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia nell'alto medio evo*, 1924, pag. 43-157, il quale ne attribuisce l'introduzione al sacro palazzo di Pavia, sotto l'influenza del diritto romano.

(2) MENGOZZI, pag. 158-189.

Tali giudizi rientrano nella categoria degli apparenti o fittizi, cioè le parti fingono di disputare ma gli estremi della lite, cioè l'elemento del *malo ordine*, mancano, nè vi è azione nè citazione. Le parti invece di redigere atto pubblico approfittano della presenza del giudice per aggiungere alle loro convenzioni che riguardano trapasso di proprietà, maggiore solennità. Vedi RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte* in *Zeitsch. f. Rechtsgesch. Roem. Abth.* XXVIII, 1907, pag. 347: GAL, *Prozessbeilegung nach den frankischen Urkunden des VII-X Jahrh.* 1910, pag. 19, 63.

Digitized by Google

quali si richiedeva l'intervento del giudice di accordo fra le parti e che finivano pacificamente. Una di esse se ne partiva col documento che gli garantiva il pacifico possesso, come nella *cessio in iure*, la promessa dell'altra di *non agere et causare*, colla carta altrettanto valida come se scritta *publice, ante comitem* da *cangellari electi boni et veraces* dopo che era stato pagato il prezzo in caso di vendita (1). Non è estranea a tutto ciò l'influenza del diritto romano, di quella tradizione conservataci a Pavia.

5. Il contrasto giudiziario ha altro carattere, altro inizio. Comincia colla citazione e suppone una lotta fra le parti, che può anche finire colla dichiarazione di una di esse di arrendersi alle ragioni e alle prove, colla *professio* e *manifestatio* di essere vinto, del che il giudice deve solo prendere atto. Allora si diceva: *lis pacificata fuit*, e si redigeva una *securitas* o *carta compositionis, evacuationis, recognitionis*. Tale accordo poteva anche essere ordinato dal giudice, particolarità questa del diritto franco, nel quale, come si vedrà, la sentenza non aveva tenore di condanna ma di ammonimento.

Ma se il convenuto resisteva, si aveva la lotta giudiziaria nella quale l'iniziativa spettava all'attore. Prestato il *iur. cal.* — e il rifiuto a prestarlo importava perdita della lite (2) — si aveva una vera *litis contestatio* costituita dalla domanda dell'attore, *dicebat*, e dalla risposta negatoria del convenuto o confessoria (3). Il negare era espresso colle parole *non audet facere legem* (4). Il giudice rivolgeva al convenuto le domande formulate dall'attore a cui comunicava le risposte. Così per es.: *Petre, te appellat Martinus quod tu tenes sibi malo ordine terram. — Ipsa terra mea est: et tibi quid pertinet ad requirendum?* ecc. — *Martine, hoc te appellat Petrus, quod tu capellasti ei unum molinum*, ecc. — *De torto — vel feci cum auctoritate iudicis* (5).

Nella procedura il diritto del giudice di interrogare non solo era ammesso ma aveva precipua importanza. Le parti erano tenute di rispondere alle sue domande, o proposte da uno dei litiganti o da lui ritenute pertinenti alla causa; e l'interrogato do-

(1) Capit. Lothari, 12.
(2) an. 1029: FICKER, IV, n. 51.
(3) an. 1029: id., n. 50.
(4) an. 994: id., n. 36; FATTESCHI, n. 222.
(5) Form. ad Roth., 150, 153.

Digitized by Google

veva rispondere sì o no — *veritas est, veritas non est* (1). Qui sta l'origine di quelle *positiones* che poi diverranno nel procedimento canonico e italiano il punto fondamentale della lite. Anche nel procedimento germanico la risposta era accompagnata dal giuramento, come poi fu nelle *positiones, iuram. de veritate dicenda,* richiesto prima della interrogazione. Colle domande e colle risposte si fissavano i punti fondamentali della lite, che non potevano più essere alterati, e ne originava un contrasto formale con cui le parti promettevano con *wadia* di dare le prove nel tempo stabilito dal giudice. Questa promessa era detta *legem facere.* Il tempo poteva prorogarsi fino a un anno (2), scorso il quale inutilmente, la causa era vinta da colui *qui wadia suscepit* (3): come anche se dopo un anno questi non si offrirà a giurare *nulla in posterum habeat fagundiam de ipsam rem loquendi: sed ille qui paratus fuerit sacramentum dare, firmiter possideat* (Roth 361). Il legislatore considera non solo la contumacia dell'attore e del convenuto, la quale suona violazione dell'obbligo che ad ogni libero incombe di presentarsi al placito, tanto che il giudice procede egualmente al giudizio perchè *culpabiles per neglectum non evadat* (4), ma considera anche la violazione della *wadiatio,* cioè della promessa solennemente assunta di presentare le prove. L'azione si sostanzia nella prova: l'obbligazione processuale germanica non ha per oggetto che la prova: la parte è vincolata a dare quella prova che ha promesso; che se non potrà darla dopo di avere ottenuto la dilazione per cui la causa è stata rinviata a nuova seduta (5), avrà egli stesso sot-

---

(1) an. 715: TROYA, n. 407; an. 785, 803, 813: *Mem. e doc. di Lucca,* V, 2, n. 202, 211, 309, 385; an. 844, 874, 882: *Cod. dipl. Lang.*, n. 154, 258, 314.

(2) Roth., 361: *Si quis alii pro quacumque causa wadia et fideiussorem de sacramento dederit, dit ei spacium.*

(3) an. 777: il convenuto promette presentare testi; al termine fissato nessuno di essi è disposto a giurare: si accorda altro termine e passato anche questo inutilmente, il giudice condanna, ecc.: *et cum vidissemus quod non fuissent ausi iurare ipsi testes... renuntiavimus* ecc. TROYA, n. 623.

(4) Lex Alamann., XXXVI; Burgund., VIII, 4; XVII, 4; Baiuw., XIII, 2.

(5) an. 1066, 1152: FICKER, IV, n. 70, 122: *testes iureiurando firmaverunt esse iuris s. Benedicti predictam terram unde lis erat.* Cfr. an. 1141: *Liber iurium Genuens.*, I, p. 73; an. 1185: Siena; MURATORI, IV, 732; an. 1079: Arezzo, id., II, 72; i testi giurano l'affermazione del convenuto *quod R. testamentum fecerat,* ecc.

Digitized by Google

toscritta la sua condanna. La formola del giuramento è per es. in connessione con quello che vuolsi provare da chi ha prodotto il giurante (1), cioè con quello per cui la parte si obbligò verso l'altra colla *wadia* e che è stato accettato fra esse per mezzo di una *litis contestatio*.

6. Non è improbabile che nei tempi antichi anche i Germani abbiano usate formole sacramentali nel presentare al tribunale le loro questioni, quali furono proprie dei Romani nel periodo delle *legis actiones*: traccie di tale procedura si riscontrano nella legge salica e qualcuna è anche visibile nell'editto di Rotari: ma poi il procedimento longobardo se ne liberò totalmente, e l'attore formulava la sua domanda come voleva: a questa il convenuto rispondeva o negando (*de torto*), o ammettendo od opponendo eccezioni, e nello stesso tempo il giudice si intrometteva interrogando, chiedendo le prove *si haberet cartulam — si haberet preceptum* (2) e ordinando inquisizioni (3), e sollecitava la parte *per Dominum factorem celi et terre et per B. Petrum... ut nobis de hac causa luce clarius diceret veritatem* (4). Tale ingerenza crebbe sempre e sotto i Carolingi, divenuta l'amministrazione della giustizia precipua cura delle pubbliche autorità, di queste fu compito istruire le cause civili, come perseguitare di ufficio gli imputati di delitti. L'attore chiedeva: *D. Comes, facite bannire placitum.* E al placito era il giudice che interrogava le parti: *Petre, te appellat Iohannes quod tu malo ordine tenes terram. — Quid dicis? — Dicis sic. — Quid tibi pertinet? — Dedisti wadiam? — Et tu recepisti? — Ubi habes tuos laudatores et tuos testes? — Vis imponere crimen testibus? — Quid scis de Paulo? — Separentur ab invicem et inquirantur. — Scribatur testimonium illorum. Si se discordantur et clarefactum est, ut sint falsi testes, dent wadiam widrigild, et ipse qui duxit similiter* (5). Come si vede, la direzione del processo era, in Italia, nelle mani del giudice, ed egli presiedeva ad ogni atto da farsi e qualunque prova da darsi era diretta da lui (6).

---

(1) an. 853: Lucca; MURATORI, III, 169.

(2) an. 750, 753, 763: *Regesto di Farfa*, II, n. 25, 34, 45; TROYA, n. 641, 677, 791.

(3) an. 781: FICKER, n. 2; an. 786: MURATORI, I, 531; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 211.

(4) an. 715 (sospetto): MURATORI, VI, 383; TROYA, n. 408.

(5) Formula placiti glossata, in PERTZ, *Leges*, IV.

(6) an. 806: MURATORI, I, 973; V, 953; an. 811, 812: *Regesto di Farfa*, II, n. 197, 212; an. 844: *Cod. dipl. Langob.*, n. 154.

Digitized by Google

Era il giudice a domandare: *Potes tu probare...*, e se non può: *tunc interrogetur adversarius si potuerit probare... Et ita est placitum* (1). Così il dialogo non avviene più fra le parti, ma fra esse e il giudice, che nei limiti della legge esercita le sue facoltà *ut nos dedissemus ecclesiae monasterium... confirmassimus ipsum clericum... nos modo eos foris expellissimus et omnia tullissimus... et deberemus causa inquirere et iudicare... Et secundum ipsam iussionem (regis) cepimus dicere ut quidquid vellent, nobiscum agere deberent. Et in primis interrogavimus eos* (2). Così fin dal secolo VIII.

Il processo era iniziato colla *petitio* o *suggestio* (3) dell'attore. L'espressione tecnica era *interpellare, proclamare, quaerere*. I Franchi portarono in Italia la parola *mallare*, usato quando la trattazione della causa era differita e alla ripresa l'attore riassumeva la citazione dicendo: *mallavi* (4). Quello che si esigeva nella formulazione della domanda era ben poco, o un'affermazione: *mea est*: m'appartiene da tempo antico: ne ebbi legittima investitura, *seu et amplius* (5): domanda apodittica a cui segue eguale risposta (6). Non vi erano eccezioni nel senso romano. Il convenuto poteva anche dichiarare che non era tenuto a rispondere, ma che respingeva solo la domanda: il che obbligava l'attore a provare.

Vi era un'istruttoria fatta dal giudice, interrogando le parti; domanda e risposta costituivano la *litis cont.*: *Nos dum talia audissemus continuo iussimus ante nostra vestigia et inquisivimus... Qui adserentes dixerunt... Ad haec respondebat... Tunc fecimus religi offertionem... Quibus relectis et agnitis praecipimus sacros canones adduci... et edictum gentis nostrae Langob.* (7). E dopo di avere udito le due parti, il giudice ordinava *ut in constituto posito ipsos testes in presentia nostra ostendere deviret* (8).

---

(1) Liber papiens., Form. ad Ludov., 16.

(2) an. 771: MURATORI, V, 915; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 127; TROYA, n. 940.

(3) an. 762: TROYA, n. 779.

(4) an. 844, 918: *Cod. dipl. Lang.*, n. 154, 475: an. 865, *unde me mallasti*; id., 234: an. 880, 901: MURATORI, I, 359, 718.

(5) an. 716: TROYA, n. 400, 414, 592. Possesso trentennale: *Cod. dipl. Langob.*, I, n. 45, 169.

(6) an. 806, 811: *non malo ordine sed iuste et legaliter possideo*: *Reg. di Farfa*, n. 184, 197: *Cod. dipl. cav.*, II, n. 338; an. 999: *Cod. dipl. caietan.*, I, 100.

(7) an. 762: UGHELLI, VIII, 617.

(8) an. 764: TROYA, n. 827.

Digitized by Google

E' allora la causa era rinviata, mentre se non occorrevano testi o giudizi di Dio, e bastava la lettura delle carte che *ibidem sunt relectae* colla dichiarazione del convenuto che nè *per aliam monimen neque per testes neque per nulla quoque inventa rationem nullatenus causare non poteret* (1), oppure si ritirava (2); la sentenza era pronunciata nella stessa seduta (3). Che se occorreva istruire la causa, era il giudice che ordinava lo scambio della *wadia* per promessa di comparire ad altro giorno e la presentazione di fideiussori (4), od altri termini erano dati per le prove (5), finchè il giudice pronunciava la parola *iudicavimus*, e ordinava di fare *memoratorium*. Che se era presente il re, questi ordinava *causa devicta in mundiburdii tuitione recipere et nostre defensionis mundiburdium scribere* (6).

7. Se le parti erano assistite dall'avvocato, lo consultavano all'udienza o fuori sulle risposte da dare (7), ed era anche il giudice che diceva: *Vade foras et consilio accepto, veni, responde legibus* (8). Di accordo fra loro e scambiatasi la *wadia* e posti i fideiussori stabilivano nuovi termini a comparire colle prove, o coll'avvocato — *vadam ad monasterium et revertar cum advocato*, quando il giudice non offriva di darlo (9). Altre dilazioni davansi perchè le parti si potessero provvedere dei documenti, *muni-*

---

(1) an. 905: *Codex dipl. cavensis*, I, n. 120.

(2) an. 911: BOSELLI, *Storie piacent.*, I, p. 290.

(3) an. 900: i convenuti invocano la prescrizione trentennale. Nella stessa seduta i giudici ordinano all'attore di provare la sua pretesa: al che risponde per *manifestatio* non avere *scriptiones* nè testi, *secundum leges*; TOSTI, *Storia di Montecassino*, II, p. 220.

(4) an. 902: *Codex dipl. cavensis*, I, n. 114.

(5) an. 856: MURATORI, I, 507; ODORICI, *Cod. dipl. bresciano*, II, pag. 48; *Cod. dipl. Langob.*, n. 996.

(6) an. 912: UGHELLI, II, 260; MURATORI, VI, 193.

(7) an. 1013, a Verona: l'attore *cum suis adiutoribus exivit ex eodem placito querens consilium si hoc probare potuissent an non. Et subito reversus in placito interrogatus ab ipso iudice... professus est hoc probare non potuisset.* Il convenuto giura con 12 congiuratori. MURATORI, *Ant. estensi*, I, 85; GLORIA, *Codice dipl. Padouam*, n. 95.

(8) an. 1032: non risponde ed è dichiarata la contumacia; SAVIOLI, *Annali bologn.*, I, 2, n. 47.

(9) an. 998: *Regesto di Farfa*, III, n. 426. Il giudice offre un avvocato romano, che l'abate rifiuta dicendo di vivere secondo la legge longobarda.

Digitized by Google

mina (1). Della *wadiatio* non era d'uopo se la dilazione era imposta dal giudice, e in tal caso questi ordinava silenzio o tregua fra i contendenti fino al giorno del nuovo giudizio (2) — *trevua iudicationis* usata anche nella pratica dell'Italia meridionale (3).

8. La direzione del giudizio anche in materia di prove era nelle mani del giudice: egli chiedeva *per quos rationes querit rebus ipsa* (4) — *paruit nobis rectum et ita decrevimus ut pars monasterii praeberet sacramentum et iurantes dicerent quando ipse casalis donatus est*, ecc. (5) — *unde ego iudex interrogabi ipsum si potuerit per testimonia aut per quolibet rationem firmare... et iusta legem adverare ipso scriptum et in ipsum sacramentum firmare...* (6) — *interrogabimus si abere alia munimina... si potuerit facere per testimonia* (7). Così le eccezioni che potevano essere opposte sono anche indicate dallo stesso giudice: *Potes habere testes aut scripturas aut ullum indicium veritatis unde legibus convincere possis ut per* 30 *annos quieto ordine*, ecc. (8); ed egli stesso suggeriva che *ipsi qui sunt Romani per* 20 *annos possederunt quiete sicut eorum lex est. Et ipsi qui sunt Langobardi possederunt eas per* 30 *annos* (9), o richiamava un testo di legge: *Quia d. Karolus rex commandavit in suis capitulis... Et d. comes interrogavit ipsos iudices... si esset lex aut non... iudices fecerunt venire librum et ostenderunt ea ad legendum quia per legem ipsam inquisitionem facere deberet* (10). Tutto questo ulteriore sviluppo appare chiaro confrontando i placiti dei secoli VIII e IX con quelli del X, dove, nei primi, si ha un dialogo fra le parti al quale il giudice assiste passivamente (11), e nei secondi il giudice dispone delle prove e occorrendo anche degli accessi giudiziali (12). Infatti se nel corso della discussione ap-

---

(1) an. 815: MURATORI, I, 537; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 397; an. 822: id. IV, 2, n. 20; an. 827: *Mon. h. patr. Chartar.*, I, n. 19.

(2) an. 856: MURATORI, I, 507.

(3) an. 982: *Mon. R. Archivi neapolit.*, III, n. 190.

(4) *Codex dipl. cavens.*, I, n. 114.

(5) an. 753: *Regesto di Farfa*, II, n. 34.

(6) an. 985: *Cod. dipl. cavens.*, II, n. 377; an. 928: id., I, n. 148.

(7) an. 1109: *Cod. caietanus*, n. 195, 284.

(8) an. 1124: MURATORI, *Ant. estensi*, I, 156.

(9) an. 1009: *Regesto di Farfa*, IV, n. 604.

(10) an. 1009: id., IV, n. 604. Cfr. *Cod. dipl. laudens.*, I, n. 111, an. 1143.

(11) *Tu dicis — Tantum p nitis*, in *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 20, an. 822.

(12) Un accesso giudiziale è però accennato in una *carta iudicati* del 747: *Reg. di Farfa*, II, n. 30.

Digitized by Google

pare necessario recarsi sul luogo per decidere dei confini, ecc., compete al giudice disporre dell'accesso.

9. Come si svolgesse la prova è meno indicato dalle leggi che dalle formole al Lib. pap. e dai documenti. Quale prova dovesse farsi, era ordinato dal giudice *pro amputanda intentione* (1). Non vi erano carte scritte? allora si disponeva pel giuramento decisorio (2). L'attore presentava l'azione, e se aveva la *carta*, i *monimina prae manibus*, li leggeva (3): se non li aveva con sè, gli si dava tempo, dopo di aver prestato la solita cauzione colla wadia e fideiussori, perchè li ricercasse e li presentasse, e lo stesso si disponeva nel caso avesse testi che deponessero.

Le stesse dilazioni competevano al convenuto per provvedersi delle prove a sua difesa (4). Il giudice concedeva all'attore il possesso, la *revestitura* e rimetteva le parti ad altra seduta (*adhuc iudicium haberent*) per dar modo e tempo anche al convenuto di discutere in petitorio (5). Colle *trewas* concesse dal giudice (6) si preparano le difese. Nell'872 a Lucca l'avvocato del vescovo rivendica certi beni sulla base di alcune carte. Il convenuto risponde che nulla sa. Prima sentenza: l'attore produca i titoli. Le parti si scambiano la *wadia* (7). Secondo termine: il convenuto rinunzia al possesso delle terre, ma invoca un'*inquisitio* sui titoli allegati dall'attore. Sentenza: è accordata. Nuovo scambio di *wadia*. Terzo termine: letti i titoli, il convenuto afferma la legit-

---

(1) an. 715: MURATORI, VI, 367; BRUNETTI, I, n. 9; TROYA, n. 407.

(2) an. 983: *iudicavi et per partes wadiare feci... portare iudicem et monstrare de quale rebus causavi... portaret suis rationibus et iusta legem inter se exinde finem facere, si autem negaret, secundum legem iurare*; *Cod. dipl. cavens.*, II, n. 350.

(3) an. 750: *Regesto di Farfa*, II, n. 25.

(4) Liber papiens., Form. ad Roth., 231: *Da wadiam de auctore — Vendidisti tu mihi ipsam ancillam? Non feci. — Aut probet quod sibi vendidit aut bellum adardiat de terciata, aut perdat ipsam ancillam. — Si dixerit: ego tibi vendidi et volo tibi stare in auctorem, det wadiam quod stet in auctoritatem.*

(5) an. 806: MURATORI, I, 973; BRUNETTI, II, 1, n. 70. Dilazioni per presentare *mediatorem*, fideiussore: an. 990, *Cod. cav.*, III, 98: MURATORI, I, 435; *RISS.*, I, 2, 501.

(6) an. 856: MURATORI, I, 507; ODORICI, *Codice diplom. bresciano*, II, pag. 48; *Cod. dipl. Langob.*, n. 996. *Cod. dipl. cav.*, n. 88, 92, 230, ecc.

(7) *Wadia secundum legem rom.*: DI BLASIO, *Series principum*, n. 15: *Mon. R. Arch. neap.*, V, 379; VI, 107; MURATORI, *RISS*, II, 2, 574: FANTUZZI, II, 14: IV, 80.

Digitized by Google

timità del suo possesso, ma non è in grado di provarlo: però dice possedere da 30 anni. Sentenza: produca i testimoni. Altro scambio di wadia. Quarto termine: i testimoni mancano. Sentenza definitiva (1). Non era dunque manchevole l'istruttoria, che si protraeva oltre (2) con prove e controprove, rimandate per lo più a brevi termini, da 4 a 12 giorni (3), o, come si diceva, a notti (4), ed ogni teste era discusso (*si testes ipsos reprovare poterent an non*), se sincero o falso (5). Se la prova non era data nel giorno stabilito, era perdente chi l'aveva promessa (6): ma poteva chiedersi altro differimento *post legitimas noctes* per legittimo motivo (7): dopo di che la sentenza era pronunziata a danno del convenuto; che però non era definitiva, perchè egli aveva un anno di tempo per presentare le prove (8). Che se procedevasi a un'*inquisitio* per potere *iusticiam invenire*, il convenuto poteva ottenere un congruo differimento, quanto occorreva per trovare testi e carte, ed allora le parti si accordavano per la nuova udienza: *revertere ad placitum ponendum exinde rationem iusta legem;* ma a un certo punto l'attore insorgeva: *hodie non exies de isto placito nisi legem feceris* (9).

Si può notare che il diritto di questo tempo non parla di perenzione d'istanza e nemmeno di termine entro il quale il giudice dovesse decidere. Però decorso il tempo concesso alla parte per la presentazione della prova, o per la *laudatio auctoris*, o per *inquirendum, mittendum rationem* (10), il giudice doveva pronunciare la sentenza. Potevano essere accordate altre proroghe, ma sempre brevi e con difficoltà e sotto pene, se la proroga era evidentemente chiesta per molestare la controparte (11).

---

(1) an. 873: MURATORI. I, 503; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 831.

(2) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 49.

(3) Id., n. 53; MURATORI, II, 933; *Codex diplom. Langob.*, n. 472.

(4) Notitia placiti glossata (PERTZ, *Leges*, IV): *Et habeat spatium 12 noctibus*. Liber papiens., Form. ad Ludov., 3: *Langobardus est 12 noctibus*.

(5) MURATORI, I, 511.

(6) an. 896: MURATORI, *RIS*, I, 2, pag. 410; an. 911: *Regest. sublacense*, n. 154.

(7) an. 873: MURATORI, I, 503; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 811, 831.

(8) an. 881: MURATORI, II, 931; LAMI, *Mon. eccles. florent.*, I, 694.

(9) Al che il convenuto risponde: *non contradico sed si permiseris guadimonium tibi dabo secundum legem meam*: MURATORI, *RISS*, II, 2, 205.

(10) an. 844: MURATORI, I, 467, 557, 303.

(11) an. 1060: *Qui dicens se de hac causa consiliatum non esse* chiede dilazione, e poi altre ancora. *Cui iudices resistentes hoc iustum non esse*

Digitized by Google

Come risulta dai doc. riferiti ogni atto processuale era determinato da una sentenza, che preparava la formola del giuramento (1) — *iuret per s. evangelii cum* 12 *idoneis testibus quod*, ecc. — stabiliva i punti sui quali svolgersi la *inquisitio* (2), ordinava la presentazione dell'autore, *laudatio actoris* (3). L'ordinanza del giudice era consacrata in una *noticia* o *breve iudicati*, che il notaio conservava per essere letta il giorno in cui la prova doveva essere sostenuta.

Questa sentenza statuente sulla prova da farsi aveva grandissima importanza, anzi si può dire che fosse la vera definitiva, quindi che vi fosse una sola sentenza, questa che ordinando la prova dichiarava nel contempo accettarne i risultati per la decisione finale, sentenza pronunciata sotto condizione che vincerà la lite chi vincerà la prova (4): e perciò la seconda sentenza non fosse che declaratoria di quella sulla prova. Tutto il giudizio germanico è una procedura di prova; e ciò sta in armonia col principio generale essere il processo opera delle parti, abbandonato alla loro iniziativa, la stessa decisione stare nelle loro mani; al tribunale spettava una funzione di intermediario, quella di tracciare la via, percorrendo la quale una delle parti può arrivare a dimostrare il suo diritto. Dichiarasi da ciò la differenza col diritto romano e col moderno, pei quali la sentenza definisce i punti controversi già risolti dalla prova, mentre il germanico consacrava soltanto quello che preventivamente aveva chiesto alla prova. Insomma la prova era conclusiva senza discussione. Un giudizio sul merito si aveva solo quando il convenuto riconosceva senza altro la ragione dell'attore, liberando anche questi

---

quia presentibus reis non licet quia respondere non debeant. Ma alla preghiera di molti è concessa una dilazione, obbligandosi a pagare una multa, ecc. FICKER, n. 67.

(1) Cfr. Form. Turon., 31, 39.

(2) an. 876: *Tunc iudices et scabini decreverunt eis iudicium in primo placito, legibus munito, quod comes aut vicecomes in ipsam civitatem tenuerit, donent quinque homines firmatores ipsius noticie aut alios cognitores*, ecc. *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1705.

(3) an. 898: *Tunc ipsi iudices decreverunt ei iudicium ut in* 40 *noctes* (il convenuto era di nazione salica) *suum auctorem presentare faciat. Cod. dipl. Langob.*, n. 412.

(4) an. 747: *unde iudicavimus ut si presumerent firmare per sacramentum quod sic esse* ecc.: TROYA, n. 602; an. 776: *spoponderunt ante nos ut si cum testes minime parati*, ecc.: *Reg. di Farfa*, I, n. 95.

Digitized by Google

da ogni prova, e quando esprimeva la completa confessione del suo torto nella *professio* o *manifestatio*.

10. La procedura di prova si svolgeva nel senso richiesto dalla natura della prova stessa. Provare era detto *consignare* o *consignationem facere* (1), ed era onere che passava all'erede se colui *post datum fideiussorem de sacramentum et sacramentalis nominatus* moriva — *filii competere debeat* (Roth. 362). Il posto di un *sacramentalis* defunto doveva essere preso da un parente. Se dopo data la wadia di provare, la prova non era data o mancava la parte che la dovesse ricevere, si intendeva che la prova fosse prestata, come anche se l'avversario rinunziava a discutere la prova semplicemente annunziata o presentata, si intendeva che così si dichiarasse perdente: la rinunzia all'azione o all'eccezione è constatata con un'espressione significativa: andò via, *ambulavit* (2). Che se trattavasi di un giuramento da prestarsi nel modo convenuto (*sacramentum ruptum*), chi vi mancava perdeva la causa (Roth. 363). Ma come si vede, piuttosto che partirsene, il perdente faceva la *professio* e la *manifestatio*, espressioni che perdurano nelle carte fino al 1000, per indicare il suo assenso alla sentenza che veniva pronunziata (3), e la promessa di eseguirla per *launegild*, dando un mantello, un guanto, un oggetto qualsiasi, sì come la sentenza fosse accettata per contratto (4), e tuttociò il giudice consacrava nella sentenza (5). Il giudicato riporta le parole della parte davanti alla prova: *nescivi* (6), oppure: *tunc illi sibimet ibidem ipsis credebant eo quod iniuste contendebant* (7): o per più esplicita rinunzia: *cuius petitioni nos adsensum praebentes fecimus ut rogaverant* (8) — *omnia veraciter cognoscentes con-*

---

(1) Aistulf. 18; an. 811: *Potes tu consignare quando*, ecc. — *ego ullam consignationem facere possum. Regesto di Farfa*, II, n. 269.

(2) an. 874: MURATORI, V, 987; FUMAGALLI, *Cod. dipl. Santambros.*, p. 424.

(3) an. 880: *Mon. h. patr. Chartar.*, I, n. 369; n. 58, 180; MURATORI, V, 309; an. 995: *Cod. dipl. Lang.*, n. 804, 891; FICKER, IV, n. 31.

(4) an. 900: TOSTI, *St. di Montecassino*, II, p. 220.

(5) an. 828: dopo la lettura del doc. l'attore dice: *certam dicimus vobis veritatem... postquam istam cartam vidimus neque de eius substantiis neque de eius rebus amodo quaerimus neque contendimus quia nos nolumus nec legibus possumus quia ista carta bona est. Reg. di Farfa*, II, n. 268.

(6) an. 821: id., II, n. 251.

(7) an. 1015: id., III, n. 502.

(8) an. 841: *Cod. dipl. Langob.*, n. 139.

Digitized by Google

cedimus atque firmamus (1). E il *launegild* è dato nel caso in cui sia condonato il giuramento (2). In ogni modo la trasmissione di questo segno visibile nella procedura probatoria come anche per l'adesione del perdente alla sentenza fu specialmente pratica dell'Italia meridionale, come si ricava dai documenti dei monasteri di Cava e di Montecassino (3). La *manifestatio* cadeva sulla carta che si riconosceva vera, sulla prova che non si poteva presentare, sul giuramento che non si osava pronunziare, sul duello che si ricusava (4), ed aveva quindi il valore di una confessione che poi il giudice consacrava nella sentenza.

Delle eccezioni contro i testimoni decideva il giudice, perchè chi rifiutava il teste prodotto dalla parte doveva dare la prova: *Non recipiam ipsum testem quia est servus. — Si dixerit appellatorem vel testem esse periurium vel raptorem probet* (5). Davanti al giudice i *laudatores testium* davano la prova se i testi avevano i requisiti voluti dalla legge. Dopo di che il giudice interrogava separatamente i testi alla presenza delle parti e ordinava al notaio di scrivere domanda e risposta (6). Se le deposizioni erano concordanti, dicevasi che avevano deposto *uno ore* (7). Ogni teste prestava giuramento: *quale testimonium reddidimus, sic est verum* (8).

A proposito dei testi, la legge carolingia disponeva: *non admittantur ad iuramentum antequam discutiantur, et si aliter discuti non possunt... singulariter inquirantur... Nullus nisi ieiunus ad iuramentum vel ad testimonium ammittatur* (9). Però la parte poteva rimettere il giuramento al teste, il che dicevasi: *donare sacramentum* (10), e anzi lo si richiedeva solo quando l'attore *ad*

---

(1) an. 880: UGHELLI, IV, 339.

(2) an. 902: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 115, 116, 184; II, n. 377; MURATORI, *RIS*, I, 2, 423.

(3) *Cod. dipl. cav.*, II, 302; an. 978: IV, n. 700; an. 1017: V, n. 717, 725; VIII, n. 1321, 1381; an. 1060: MURATORI, VI, 227; an. 975: GATTULA, I, 68; an. 1022: FICKER, IV, n. 48.

(4) UGHELLI, V, 1501.

(5) Form. ad Loth., 78.

(6) an. 761: TROYA, n. 757, 763.

(7) an. 807: FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, n. 40.

(8) an. 807: *Regesto di Farfa*, II, n. 204.

(9) Leg. langob. Karoli, 21.

(10) an. 773: *cum cognovisset veritatem ipsorum testimonii, ipsum sacramentum donavit et recepit launu*; TROYA, n. 980.

Digitized by Google

ipsos testes non crediderit, ma ne erano esenti quelle persone alle quali *rex aut iudex sine sacramento credere possit* (Liutp. 79).

Se le deposizioni dei testi erano *uno ore*, il giudice chiedeva all'avversario se accettava le loro dichiarazioni oppure se aveva testi suoi che *contra eos dicere aut contendere* potessero. Se rispondeva *quot boni essent* (1), si intendeva che accettava quanto essi deponevano: se rispondeva diversamente, si interrogavano quelli che egli presentava: e alle contraddizioni loro poneva fine la prova del duello, e quello che il giudizio di Dio chiariva mentitore, subiva il taglio della mano, che poteva redimere col denaro; e chi aveva presentato questo teste dichiarato mendace, incorreva nella pena del guidrigildo (2). E bastava anche ad assicurare la vittoria ad una parte che i testimoni che erano riusciti favorevoli alla sua affermazione o negazione, all'interrogazione *si audent per pugnam testimonium approbare*, rispondessero affermativamente: mentre la parte che *se subtraxerit*, fosse senz'altro dichiarata perdente (3). Così la causa finiva sulla testimonianza di chi era pronto a sostenere il duello (4). In conclusione si può dire che in questo caso la decisione delle cause fosse rimessa al giudizio di Dio, qualora una delle parti non cedesse *per timore* delle pene a cui andava incontro.

11. Nella prova per documenti, che ebbe in Italia molta importanza e a cui i Longobardi per l'influenza romana diedero la preferenza, *qui pulsat* doveva *ostendere libellus scriptus* e soltanto *si libellus non habuerit*, doveva giurare (5). Al *monime quod ostendere videtur* (6) dovevasi credere, e la parte che poteva dire: *Ecce carta*, otteneva vittoria, salvo che l'altra parte ne contestasse la genuinità. Le parti si presentavano in giudizio coi loro titoli scritti in appoggio delle domande o delle difese, e di essi si dava

(1) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 49.

(2) Capit. Long. Ludovici, 3: *Si duo testimonia inter se discordaverint, tunc comes eligat unum ex una parte et alium ex alia parte et illo duo discernant cum scutis et fustibus. Nam si debiliores fuerint ipsi testes, tunc ad crucem examinentur. Nam si maioris aetatis sunt, quod non possint ad crucem stare, tunc mittant filios aut parentes qui pro eis contendant. Et ille qui de ipsa falsitate convictus fuerit, dextram manum perdat.*

(3) Leg. lang. Lothari, 66.

(4) Ariprand. et Alberti, II, 51.

(5) Roth., 227.

(6) Liutpr., 54.

Digitized by Google

lettura (1). Qualora l'avversario dichiarasse false le carte, doveva giurare *quod se sciente nihil aliud nisi verissimam in omnibus rationem et iustam exquirit.* Se era vivo il notaio e i testi presenti all'atto, *notarius cum legitimis sacramentalibus* 12 *simul et cum ipsis testibus qui in eadem carta scripti sunt, ipsam cartam veram et idoneam faciat,* e lo stesso giuramento coi congiuratori doveva prestare chi aveva presentata la carta. Se il notaio non voleva giurare, subiva il taglio della mano e il presentatore si riscattava pagando il guidrigildo. Se il notaio era morto ma erano vivi i testi, il presentatore assieme a questi e a dodici congiuratori *ostensis primum duabus aliis cartis manus collatione ab eodem notario descriptis, ipsam tertiam cartam per sacramentum veram et idoneam faciat* (2).

Chi impugnava il documento, poteva anche dire: *alius scripsit cartam... alius fuit testis,* ma ne doveva dare la prova (3). Il notaio si salvava dalla pena, giurando *quod se sciente cartam falsam non scripsisset* (4): che se notaio e presentatori si dichiaravano innocenti *tunc sapientia iudicis videatur quis eorum sit melior et verus ut eius sententia precellat, et malus et mendax constrictus potestate et boni sententia convictus,* ecc., riceva quello che merita (5).

Se poi riesciva provata la verità del documento, l'impugnatore perdeva la lite e incorreva nella pena che fosse stata comminata nell'atto stesso a coloro che l'avessero attaccato di falsità. Se contro la carta vera l'avversario avesse presentato carta ritenuta falsa, questi incorreva nel taglio della mano, *manum perdat aut redimat, bannum persolvat.* L'obbligo di provare poi quale delle due carte fosse la falsa incombeva a chi presentava la carta più recente (6), e al sec. X la verità delle carte era stabilita per mezzo del duello (7). La carta dichiarata falsa era tagliata per mezzo:

---

(1) an. 801: *Regesto di Farfa.* II, n. 161; an. 827: MURATORI, I, 481; *Mon. hist. patr. Chartar.*, I, n. 19.

(2) Leg. Widonis, 6.

(3) Liber papiens., Form. ad Widon., 6.

(4) Liber papiens., Expos. ad Widon., 6; Leg. longob. Loth., 71.

(5) Form. cit.: *mendax suomet gladio feriatur.*

(6) Form. ad Ottonem, 1: *Ipse qui habet posteriorem cartam dicat anteriorem falsam et faciat pugnam si voluerit*; Exposit. ad h. l.: *carta appellata falsa per duellum certificari debet.* Cfr. Exposit. ad Widon., 6.

(7) Capit. ital. Otton. I, 5: *Si quis dixerit quod per vim de praedio cartam alicui fecerit, per pugnam veritas decernatur.*

Digitized by Google

Si appellator vicerit, incidatur (carta); si vero appellatus, carta ei reddatur et ostendens cartulam in iudicio per notitiam securitatem accipiat vel per promissionem refutationis (1).

Esaurite le prove e data *wadia* dalle parti di stare alla sentenza (2), colui che presiedeva il giudizio interrogava i giudici: *Dicite vos quid commandat lex?* E allora questi rispondevano: *Quod lex erat...* (3), cioè indicavano il testo della legge da applicarsi oppure pronunciavano senz'altro la sentenza (4), invocando all'occorrenza il parere di un *doctor legum* (5). Gli *adstantes* e gli scabini erano richiesti di pronunziare il loro giudizio: *mittite iudicium* (6). Essi ricevevano l'ordine di dichiarare *quidquid exinde recte apparuisset* sopra le prove a cui avevano presenziato (7): *Et ideo nobis paruit esse rectum una cum omnibus nobiscum adessentibus.* Il loro giudizio era formulato e pronunziato seduta stante, e chi presiedeva lo faceva proprio e lo ripeteva ai contendenti come la sentenza definitiva. A lui dunque la funzione di pubblicare la sentenza dei giudici e il farla eseguire, dando l'investitura, stabilendo le pene contro coloro che non l'avessero osservata (8), ed infine ordinando al notaio o cancelliere di scrivere la sentenza e di darne copia al vincitore (9).

Generalmente i documenti riportano che il giudizio era stato formulato *unanimiter, una voce*; ma poteva anche essere preso a maggioranza, il che si verificò più tardi e nei casi in cui la causa non fosse terminata con un giudizio di Dio, che non poteva avere discorde interpretazione. Però il diritto longobardo certamente

---

(1) Liber pap., Form. Otton., 5. Cfr. Cartularium n. 17, 5.

(2) an. 786: *fecimus eos dare guadiam de compositione: Reg. di Farfa*, II, n. 171. Le parti fin dal momento in cui erasi ordinata la prova, ne avevano accettato le conclusioni, e conseguenza di ciò era anche non solo la facoltà ma l'obbligo dei mallevadori di porre il vincitore nel possesso dell'oggetto contestato.

(3) Liber pap., Form. ad Roth., 182.

(4) an. 968: MURATORI, *RISS.* I, 2, 431.

(5) an. 1047: UGHELLI, I, 505: *Domine interrogate ubi est suum doctorem... Si habuisset doctorem.*

(6) Form. ad Roth., 143.

(7) an. 1013: GATTULA, *Accessiones*, I, pag. 109; *Codex caietanus*, I, n. 130: an. 801, *Reg. di Farfa*, II, n. 161: FICKER, IV, n. 4.

(8) an. 853: MURATORI, III, 168; an. 856: id., I, 507; *Cod. dipl. Langob.*, n. 996; an. 873: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 831.

(9) *Regesto di Farfa*, III, 429.

Digitized by Google

sotto l'influenza delle idee romane e canoniche aveva riconosciuto al giudice maggior latitudine nella valutazione dei fatti, e purchè non giudicasse *contra legem* gli permetteva di *iudicare per arbitrium* (1). Che se la legge taceva, i Capitolari franchi più ossequenti ai principii germanici disponevano che si dovesse chiedere al re la norma da applicare (2), poichè in ogni lacuna della legge si dovesse rinviare le parti al cospetto del re (3).

12. La sentenza longobarda suonava condanna ed era atto di imperio, differente da quella franca la quale non conteneva un preciso dispositivo di condanna, come sarebbe logico, ma una indicazione della prestazione od obbligazione che una parte doveva assumere: la sua natura era costitutiva, non dichiaratoria; non decideva su quello che era avvenuto, ma chiariva quello che doveva essere (4). Invece la longobarda era di condanna tanto nella forma che nel contenuto: *decrevimus ut amodo pertineret ad ius et potestatem palatii: iustum nobis comparuit ut.... haberent* ecc. (5), perchè così è voluto dal diritto (6), ed aveva piena efficacia giuridica definitiva, salvo il caso che le fossero opposti altri pubblici documenti (7). *Causa supita*, dice l'Ed. (370): vi è cosa giudicata e le parti *semper in eadem deliberatione debeant permanere* (8), perchè l'Editto riproduce la norma romana: *causae quae finitae sunt non revolvantur* (Roth. 388) e si giungeva all'immediata esecuzione: *eadem hora ipsas casas retradere fecimus - statim ipsa hora* (9), e nell'epoca franca il giudizio stesso si conchiudeva coll'immediata solenne investitura dell'immobile conteso (10).

Gli effetti della sentenza erano diversi da quelli conseguenti

---

(1) Liutpr., 28.

(2) Leg. Langob. Ludovici, II, 4.

(3) Cfr. Lex Wisig., II, 12.

(4) SIEGEL, *Gerichtsverf.* 148: BRUNNER, *Forsch.* 90.

(5) an. 776, 777: *Reg. di Farfa*, I, n. 97, 103. E i tanti giudicati in TROYA, n. 400, 548, 592, ecc.

(6) *Cartular. longob.* 17.

(7) an. 824: FICKER, IV, n. 9: an. 880: MURATORI, I, 350.

(8) an. 811: *Reg. di Farfa*, I, n. 197.

(9) an. 761, 811, id. I, n. 45, 197: an. 801, 838, *et omnia in nostra presentia:* n. 165, 184, 257, 282: an. 844 *iudicavimus et ad presens fecimus retradere et reinvestire:* MURATORI, I, 529.

(10) an. 838: *hunc iudex per fustem de manus revestivit: Reg. di Farfa*, II, 282. La sentenza stabiliva anche pene al soccombente e multe in favore del fisco: CHIOVENDA, *Condanna nelle spese giudiz.*, 1901, pag. 98 e segg.

Digitized by Google

secondo le leggi e le dottrine moderne, in quanto essa era preclusiva di qualsiasi altra azione sulla stessa cosa, presentata su fondamento diverso da quello proposto nella prima volta, in quella cioè che aveva dato origine alla sentenza (1). Il giudice non si limitava a dichiarare quale fosse il diritto da applicarsi allo stato degli atti, ma decideva in modo da eliminare qualsiasi ulteriore controversia, qualsiasi altra azione che potesse in avvenire essere promossa per quell'obbietto. Poichè l'attore non ha presentato i testi, la sua causa sia perduta senz'altro e giammai possa più molestare il convenuto (2): — poichè ha dichiarato *quod tale probatione facere non potuisset*, il convenuto *habeat ipsas res ut postea inter eos exinde nullam oriatur intencio* (3): — poichè *ostendit cartulam inanem nullo iure munitam* e il possesso di cent'anni non è provato, l'altra parte non possa più essere molestata per l'avvenire e per nessun titolo (4). La sentenza andava in certo senso oltre la domanda, perchè non stabiliva soltanto sulle risultanze del procedimento ma sul diritto in contestazione mettendolo al sicuro da ogni possibile futura pretesa fra le parti contendenti.

13. Da questa esposizione risulta come il procedimento germanico portato in Italia dai Longobardi ed applicato nei loro tribunali siasi presto alterato per molte infiltrazioni romane e vieppiù in seguito per l'azione della scuola pavese, tanto pervasa dallo spirito delle leggi romane e sempre più spinta a modellare sopra esse la pratica giudiziaria. Perciò il processo salico che conservò l'impronta germanica, assai si scosta da quello applicato in Italia negli stessi territori longobardo-franchi.

Anzitutto la costituzione politica dei Longobardi aveva influito sull'ordinamento giudiziario, trasferendo nelle mani del re quelle funzioni che presso le altre razze germaniche conservò l'assemblea popolare: quindi i giudici che erano ufficiali regii, dal re nominati a vita e scelti fra i *legum* o *iuris periti* costituivano un corpo con funzioni speciali, cioè per delegazione esercitavano i poteri giudiziari spettanti al re. Non avevano bisogno di essere assistiti dal popolo; e se nelle riunioni erano assistiti da *adstantes*, ad essi restava la direzione del procedimento, il diritto di

(1) an. 742: *unquam habeat vigorem quaerendum*: TROYA, n. 548.
(2) an. 856: MURATORI, I, 507.
(3) an. 749: *sint taciti et quieti*: *Reg. di Farfa*, II, n. 22: TROYA, n. 623.
(4) an. 1100: MURATORI, I, 475.

Digitized by Google

chiedere le prove, di formulare le questioni e infine di pronunciare la sentenza. Mancò presso i Longobardi la distinzione germanica fra la potestà di colui che presiedeva il tribunale e il popolo che giudicava. Anche quando il tribunale era presieduto da re o da duca *cum iudicibus nostris qui nobiscum aderant* (1) o da vescovo con giudici o *scabini*, l'attività giudiziaria fu tutta concentrata nel presidente che partecipava coi giudici alla formazione della sentenza. Egli poteva anche far senza di giudici e sentenziare da solo (2). Questi *iudices plurimi* che intervenivano al placito, vi erano chiamati e interrogati non perchè il loro intervento fosse necessario ma per maggior solennità; nello stesso modo che erano chiamati e interrogati gli *adstantes*, uomini pratici del diritto e delle consuetudini. La differenza fra gli uni e gli altri stava in ciò, che i *iudices* avevano una posizione ufficiale che mancava ai secondi.

Tanta indipendenza del potere sentenziante dal popolo facilitò l'abbandono dei riti germanici e l'adozione di quanto suggerivano la tradizione romana, la pratica dei tribunali ecclesiastici ed anche la stessa riflessione. Coll'aiuto dei *causidici adstantes* il giudice presto si sciolse dall'impaccio delle prove formali, e potè dire: *Ego non iudico nisi quod scriptum in manibus teneo*, cioè sulle prove scritte e dopo di esse sulle testimoniali. Infatti o il convenuto riconosceva senz'altro il suo torto, e il giudice pronunciava la sentenza e dava un titolo esecutivo all'attore: o il convenuto eccepiva la verità della domanda, e il giudice ordinava la prova, e cominciava con interrogare l'attore se aveva prove e quali. Quindi l'onere della prova era messo in linea principale a carico di lui, e fino dall'VIII secolo il giuramento di purificazione del convenuto, come onere di lui, aveva assunto carattere sussidiario: perchè il giudice poteva ritenere la dichiarazione dell'attore di non potere provare come rinunzia all'azione, e pronunciare sentenza sulla base di tale presunta rinunzia, senza pretendere il giuramento dal convenuto (3). E anche il giudice non ricorreva

(1) an. 746: *iussimus fieri iudicatum... quod iudicatum definitionis ex dictatu et iussione d. n.*; UGHELLI, VIII, 626.

(2) an. 762: *nos dum talia audissemus, iussimus et inquisivimus... Tunc dum haec omnia nostra gloriosa potestas intellexisset, fecimus... decrevimus*, ecc.; id., VIII, 717; an. 742: id., VIII, 640; an. 745, id., VIII, 613: *placuit nobis... hoc iudicium firmare*. TROYA, n. 578, 788.

(3) an. 753: *M.* (attore) *dimisit spontanea voluntate ipsum sacramentum et promissionem emisit ut pro hac causa aliquando non revexaret*; TROYA, n. 767.

Digitized by Google

a questo giuramento, se desumeva dal rifiuto dei testimoni a giurare essere infondata la domanda di chi questi testimoni aveva presentato (1). Parimenti la rinunzia del convenuto a difendersi era per sè stessa sufficiente a indurre il giudice a pronunciare senza altra prova sentenza di condanna (2). Volevansi prove; e sopra prove di testimoni o di carte (3) il giudice formava la sua convinzione, rilegando in un posto secondario i giuramenti. L'influenza della civiltà romana aveva così trionfato: le alterazioni al puro sistema probatorio germanico iniziate dai legislatori longobardi erano continuate senza interruzione, talchè l'onere della prova fu posto sull'attore, la prova per documenti pubblici divenne la regina delle prove, e quella per congiuratori già verso il secolo IX era andata in disuso, soltanto a Salerno conservatasi più a lungo, combattuta ovunque dalla Chiesa e sconsiderata in confronto della prova per titoli notarili e di quella *per inquisitionem*.

Risulta ancora dai documenti con cui si è intessuta la storia della procedura in questo periodo, come nell'Italia così detta longobarda dal X al XII secolo si fosse costituito un procedimento autonomo, cioè meno legato alle forme prescritte dalle leggi longobarde e franche. Vi prevalevano consuetudini ispirate all'equità e alla ragione, e si era abbandonato quel formalismo che non aveva più risonanze nella mente dei giudici e delle parti: esso era poi ancora battuto dalle correnti che mettevano capo alle scuole di retorica e di diritto e ai tribunali dei vescovi. Nello stesso modo che la personalità delle leggi era divenuta inutile, evanescente finzione, e vi era un diritto territoriale, così dopo il secolo X il procedimento in Italia aveva caratteri suoi particolari: si era fatto italiano.

Predomina l'oralità ma senza bisogno di forme convenzionali: i magistrati prendono parte attiva allo svolgimento del processo: è sempre più ammessa la rappresentanza, e gli stessi giudici soccorrono agli ignoranti, agli incapaci. Già è attuata la separazione fra processo civile e criminale, e la teoria delle azioni ha assunto una

---

(1) an. 749: *quod non fuissent ausi iurare ipsi testes... iudicatum est*; TROYA, n. 623.

(2) an. 807, 845, 847, 857, 865, 905, 945: MURATORI, I, 505, 535, 537, 496, 773, 463.

(3) an. 1082: *interrogatus si libellum profere potuisset, respondit... exarsum esse et neque libellum neque testes libelli legissent vel legere audissent, habere posse*; FICKER, n. 84.

Digitized by Google

forma più netta. L'istanza continua a restare divisa in due fasi, terminanti ciascuna con una decisione, la prima sulla prova, la seconda sulla domanda dell'attore, ma ormai la prima ha significato interlocutorio, mentre la seconda è la vera e la definitiva.

Quel procedimento davanti alle curie regie, che aveva carattere eccezionale per l'assenza di formalità e per la preferenza data alla prova *per inquisitionem*, si estese ai giudizi davanti ai tribunali inferiori: donde gli stessi termini abbreviati, il massimo valore assegnato alla prova scritta, l'uso dell'inquisizione, la sentenza pronunciata secondo la convinzione morale del giudice: insomma una procedura in aperta opposizione con quella tradizionale delle prove legali e formali. Così lentamente il procedimento italiano si era accostato a quello che era stato il romano: così l'Italia superiore e centrale aveva uniformato i suoi riti giudiziari a quelli che si erano conservati nell'Italia inferiore.

§ 3. *L'appello.*

14. I rimedi romani contro le sentenze non sopravvissero alla caduta degli ordinamenti giudiziari imperiali; ma da questi i Longobardi appresero che la sentenza del giudice non era definitiva se la parte soccombente non l'accettava pacificamente; e quindi essi accolsero il principio che ad ogni sentenza si potesse appellare, che i pronunciati delle magistrature inferiori potessero essere riformati da un tribunale superiore, il quale era quello del re. Lo dice chiaramente Liutprando (28): *Si quis causam habuerit et sculdahis aut iudex... ei iudicaverit, et ipse stare in eodem iudicio menime voluerit... Nam de ea causa quae per arbitrium iudicata fuerit et ipse sibi non crediderit legem iudicassit, et ad regem reclamaverit...*, cioè quella parte che ritiene di avere ricevuto una condanna ingiusta, non conforme alla legge, possa reclamare al re, il quale sentenzierà in ultima istanza. Ma prima vi devono essere un giudizio e una sentenza del giudice ordinario, perchè chi osa presentarsi direttamente al re *et ad iudicem suum prius non ambulaverit et iudicium de iudice suo non susceperit* era punito (Rachis 2). Al re si doveva ricorrere quando il soccombente riteneva che il giudice avesse male sentenziato *quod legibus non iudicasset*; allora *veniat cum ipso iudicato in presencia nostra* (id. 14). E il legislatore indicò sommariamente alcuni casi di sentenze appellabili: *Si.... iudex... dolose eum opprimere quesierit, pro eo quod ipse in alte-*

Digitized by Google

rius servitio introivit et per ipsum dolum inlecite ei iudicaverit et forsitans ab ipso iudice suo iustitia invenire non potuerit (id. 11): — *si dux aut iudex... veritatem aut iustitiam non servaverit* (Roth. 25) — *si molestaverit... in presentiam regis aut certe apud ducem suum ad iustitiam perducat* (Roth. 23) — *Si quis gastaldius exercitalem suum molestaverit contra rationem, dux eum solatiet, quousque veritatem suam inveniat* Roth. 24). Queste disposizioni appartengono all'Editto di Rotari e mostrano quindi come il ricorso a un'autorità superiore fosse accettato dai Longobardi fino dal loro primo stabilimento in Italia, e non fosse il prodotto delle posteriori riforme. Vi era in tal modo un secondo giudizio sul merito o davanti al re o davanti ad altra magistratura di grado superiore al *iudex* o al *sculdahis*, la quale riesaminava le controversie dietro reclamo od appello di chi si riteneva leso da una sentenza pronunziata dal giudice ordinario, o decideva nei casi di denegata giustizia. Questo dicevasi *causam dilatare*: Roth. 150, Liutp. 25 — *neglectum facere ad inquirendum*: Liutp. 81 — *negligere iudicare* (Rachis 10): mentre nel caso di sentenza impugnata per supposta ingiustizia e inosservanza della legge, usavasi l'espressione: *per legem non iudicare* — *iustitiam non servare*, *iustitiam negligere* — *iustitiam non invenire*. In tutti i due casi la causa trovava aperte le porte a un tribunale superiore, ove si riformava la sentenza ingiusta, ove si provvedeva al caso di denegata giustizia, punendo il giudice che *intra quatuor dies facere iustitiam neglexerit* (Liutp. 35), come anche si confermavano sentenze di giudice inferiore e si accresceva la loro efficacia, circondandole dal banno sovrano (1).

È chiaro che la pena inflitta al giudice non è perchè egli abbia errato nel sentenziare, ma è per la sua negligenza. Anche nel secondo grado di giudizio non la controversia si dibatte fra le stesse parti della prima istanza, e il giudice non è chiamato in causa a difendere il suo operato. O abbia errato, e ciò verrà stabilito dopo che le parti avranno addotto ragioni e prove: o non abbia ascoltato la domanda dell'attore, e anche allora il secondo giudice deliberava se esisteva motivo di contendere e di reclamare contro il giudice. La pena nella quale egli incorre è conseguenza della sua negligenza ad adempiere a uno dei principali obblighi

(1) an. 745: *per hoc firmitatis praeceptum hoc iudicatum renovare*: TROYA, n. 583. BRUNNER, *Gerichtszeugniss* nei *Festgabe fur Heffter*, 163.

Digitized by Google

della sua carica, perchè egli deve conoscere la legge. Che se *iudicaverit per arbitrium et iudicium eius rectum non comparuerit non sit culpabilis nisi preveat sacramentum regi quod non iniquo animo aut corruptus a premio causam ipsam non iudicassit, nisi sic ei legem comparuisset et sit absolutus* (Liutp. 28). Il legislatore disciplinando il giudizio di appello, stabilisce così che questo possa anche comprendere un esame dei motivi che hanno condotto il giudice di prima istanza. Se è chiaro che non ha tenuto conto della parola della legge, deve essere punito, e lo deve pure nel caso che la sentenza sia ingiusta e arbitraria nella presunzione che si sia colluso con una parte: dal quale sospetto può liberarsi giurando della sua innocenza.

15. Ma come è punito il giudice che non giura, così è punito l'appellante che ha confermata la sentenza dal tribunale superiore (1). Questo concetto di una responsabilità penale del giudice come dell'appellante è strettamente congiunto alla funzione limitata del giudice nel processo germanico, il quale non aveva libertà di apprezzamento delle ragioni e delle prove addotte dalle parti, ma doveva attenersi a quello che formalmente era consacrato nel corso del procedimento, cioè riconoscere che il diritto stava dalla parte di colui che aveva giurato, che aveva vinto nella prova del duello o di un qualsiasi giudizio di Dio. Il giudice non poteva opinare, formarsi una convinzione personale diversa e secondo questa giudicare, ed ogni sentenza in opposizione a quanto era risultato dalla prova legale, prova formale, era falsa; e quindi l'autore di essa doveva incorrere in una pena. Presso i Longobardi la condanna del giudice poteva essere conseguente all'accoglimento dell'appello, senza che si svolgesse procedimento speciale contro lui: e appellare non voleva dire promuovere un giudizio contro il giudice. Questo all'occorrenza poteva verificarsi a parte e senza l'intervento dell'appellante vittorioso. Dunque il procedimento longobardo conobbe un vero e proprio appello, il quale riguardava o la riforma di una sentenza ingiusta o l'annullamento di una sentenza contraria all'evidenza delle prove. Nel primo caso l'appello finiva con una sentenza definitiva che statuiva in merito: nel

(1) Cap. mantuan., 781, c. 4: *Si quis post causam legibus fraitam se proclamaverit aut* 15 *accipiat comactos aut sol.* 15 *compon.* In un doc. in FICKER, IV, n. 4: leggesi che a un iniquo reclamante *aliquos hictos dare fecimus:* an. 901 un altro fu punito con multa: *Cod. dipl. Lang.*, n. 396.

Digitized by Google

secondo caso si aveva il *iudicium per arbitrium*, la sentenza era annullata e il giudice condannato.

16. Sotto i Carolingi, nel momento in cui l'amministrazione della giustizia migliorò, Carlo M. attribuì ai *missi* delle facoltà equivalenti all'appello, non solo nel caso che i conti si rifiutassero di rendere giustizia, ma anche se non la rendevano nel modo migliore. In tal senso si possono intendere le disposizioni contenute nel Capit. 819 (c. 1, 13, 23, 24, 25) che riconosceva ai *missi* il diritto e il dovere di riformare le sentenze e poneva il principio della distinzione fra le cause che dovevano essere da essi esaminate e quelle che direttamente dovevano essere portate al *palatium: Volumus ut missi nostri observent ut quidquid de his causis vel simul vel sigillatim emendare potuerint, emendent... Et summo opere studeant ut hoc quod per se efficere non possunt, nobis notum faciant.* Il Capit. 823 (c. 26) anche in modo più formale disponeva che le cause presentate direttamente al sovrano potessero da lui essere inviate ai *missi* per essere definitivamente giudicate: *et quando aliquis ad nos necessitatis causa reclamaverit, ad eos possimus relatorum querelas ad definiendum remittere.*

Già esponendo le attribuzioni del *placitum palatii* si è notato che tutte le cause potevano essere portate ad esso, e tutte esso poteva avocare: ma sopra due materie si esercitava di preferenza la sua ingerenza, cioè sulle cause nelle quali una parte ritenevasi lesa per diniego di giustizia, il giudice essendosi rifiutato ad accogliere l'istanza presentata, e sulle cause nelle quali una sentenza era caduta, ma la parte reclamante e condannata riteneva che il giudice si fosse colluso coll'altra parte. Nel primo caso si aveva la *reclamatio ad regis definitivam sententiam*: nel secondo caso si svolgeva un processo contro il giudice infedele.

Nel caso di diniego di giustizia la parte *ad presentiam* (*regis*) *suggessit quasi... nullam iustitiam ex hoc consequere possit.* Il re dirige un *indiculum* al magistrato che fu sordo *ut si taliter agitur... legibus studeatis emendare. Certe si nolueritis et aliquid contra hoc habueritis opponere non alter fiat nisi nosmetipsi per hunc indiculum commoniti, kalendas proximas ad nostram veniatis praesentiam eidem ob hoc integrum et legale dare responsum.* La procedura dunque era la seguente: ricorso al re; esame del ricorso; rinvio al giudice coll'ordine di fare un regolare giudizio, ascoltando il reclamante, citando l'avversario, discutendo la causa secondo la procedura ordinaria; pronuncia della sentenza. Se il

Digitized by Google

giudice non teneva conto dell'*indiculum*, allora procedevasi penalmente contro di lui, dopo un secondo ricorso al re presentato da colui che non poteva ottenere giustizia (Marc., I, 25-29).

Nella legislazione dei Capitolari la competenza in materia di rifiuto da parte del magistrato a giudicare fu meglio regolata. Dal giorno in cui sopra i conti furono istituiti i *missi* e si ebbe una gerarchia amministrativa meno disordinata di quella che era propria delle popolazioni germaniche, le quali avevano distrutto il sapiente ordinamento della politica romana, i ricorsi per diniego di giustizia furono portati ai tribunali dei conti e a quelli dei *missi*. Il Capit. 879, c. 21, ordinava al conte di prendere in esame le cause che il giudice inferiore si rifiutava di esaminare: se anche il conte era negligente in questo suo ufficio, era dovere del *missus* di sentenziare. Se poi anche questi trascurasse tale suo dovere, il reclamo poteva salire fino al tribunale del re (1). La disposizione era circondata da sanzioni (2). In sifatta funzione di provvedere a una regolare amministrazione della giustizia consisteva l'importanza della magistratura del *missaticum* istituito da Carlo Magno.

17. La procedura pel diniego di giustizia fu ordinata nel *Capitulare mantuanum* del 787, dal quale risulta che la *reclamatio ad regis definitivam sententiam* era il risultato di privilegi particolari che il re accordava, di essere giudicati soltanto al tribunale del re; così che se colui che si presentava al re era un *aliquis homo*, era rimandato al conte o al messo da cui dipendeva il giudice che non aveva ascoltato le sue doglianze: se invece era una *maior persona*, cioè un vescovo, un abate o un grande, un *senior*, *in arbitrio regis erit* di definire la sua causa, salvo poi di punire il giudice. Nessuna eguaglianza, bensì un regime di privilegio secondo che si era *boni generis* oppure si apparteneva alle classi inferiori. E ancora altri vantaggi, perchè la *reclamatio* liberava chi la invocava dalla rigorosa osservanza della procedura ordinaria, e le prove erano basate sopra criteri più razionali: infine al tribunale del re si sentenziava secondo la volontà di lui, libero anche di discostarsi dalle parole della legge. La competenza di questo tribunale però

(1) Capit. 829, c. 14. Sull'appello nel diritto franco v. FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, 1881.

(2) Capit. 810, c. 3; 819, c. 23, 24, 25; 823, c. 26; 829, c. 14.

Digitized by Google

non si limitava solo a provvedere ai casi di rifiuto del giudice a trattare la causa, ma si portava anche a riformare le sentenze pronunciate nei tribunali ordinari: e lo dice il Capit. 879 che ordina ai *missi* di riesaminare le sentenze che fossero loro presentate come quelle contrarie al diritto e di inviare al *palatium* quelle che essi non potevano riformare. Non era questa una innovazione in quanto si aprisse la strada a una giurisdizione di grado superiore esercitata dai *missi* colla istituzione di un tribunale di secondo grado, il quale liberasse il tribunale imperiale dall'ingombro di tante cause che i grandi laici ed ecclesiastici ad esso portavano, ed eran tante che *magnum impedimentum faciunt in palatio ad aures imperatoris* (1); e ciò perchè già il Capit. 823, c. 26, aveva avvisato il *populus* che i *missi* erano costituiti *ut quicumque per negligentiam aut incuriam aut impossibilitatem comitis iustitiam suam adquirere non potuerit, ad eos primum querelam suam possit deferre et per eorum auxilium iustitiam adquirere*, e questa disposizione riferivasi al diniego di giustizia. Poi aggiungeva: *quando aliquis ad nos necessitatis causa reclamaverit, ad eos possumus relatorum querelas ad definiendum remittere*, cioè i reclami contro le sentenze saranno giudicati dai *missi*, e così essi fungevano da tribunale di appello. Che se essi non riescono e vi è tale impedimento *quod per eos emendari non possit*, con un loro rapporto sia inviato al tribunale del re (2).

Questi testi legislativi sono confermati dalle parole di Incmaro che dichiara il conte palatino avere la facoltà di cassare le sentenze ingiuste, *perverse iudicata* e di emetterne delle migliori, funzione che secondo i Capitolari sembrava esclusivamente riservata all'imperatore (3). È del resto naturale che questi non presiedesse sempre le sue assisie, o presiedendole formalmente lasciasse ai suoi alti funzionari la cura di trattare le cause ed emettere le sentenze.

Che questa facoltà concessa ai *missi* costituisse una vera e re-

---

(1) Capit. 810, c. 1; 829, c. 14.

(2) Capit. 823, c. 17, 27, pag. 308.

(3) HINCMARI, *De ordine palatii*, c. 21: *Comitis palatii inter coetera innumerabilia in hoc maxima sollicitudo erat, ut omnes contentiones legales quae alibi ortae propter aequitatis iudicium palatium aggrediebantur, iuste ac rationabiliter determinaret; seu perverse iudicata ad aequitatis tramitem reduceret.*

Digitized by Google

golare competenza di appello, non si può dubitare: e tutto ciò è conforme al carattere che ebbe il diritto pubblico e che ebbero gli ordinamenti giudiziari, non solo nel periodo franco ma per tutto il medio evo, di non essere costituzionalmente delimitati e ordinati come avviene nei diritti moderni, ove le funzioni dei singoli organi pubblici sono chiaramente determinate, le competenze generiche così stabilite in modo da evitare confusione ed invasione di poteri nella sfera ad altri assegnati. Tale rigorosa delimitazione è estranea al medio evo, specialmente per la grande estensione accordata al potere personale del sovrano, che impedisce alle varie parti componenti la compagine politica di assumere un aspetto definitivo. Avviene così che rivolgendosi ai *missi*, Carlo M. li autorizzava ad annullare sentenze di tribunali inferiori, ma senza nulla disporre sulla competenza di essi e sulla procedura da seguirsi davanti al loro tribunale. Lo stesso dicasi per la competenza di appello del *comes palatii*, la quale era tanto più larga quanto meno definita. Una formola del sec. VII (Marc. I, 25) potrebbe far credere che essa fosse assoluta: *Ergo enim nos in Dei nomine ibi in palatio nostro ad terminandas universorum causas recto iudicio*: ma nemmeno sotto i Carolingi questa competenza acquistò la precisione necessaria. La conferma di questo nostro pensiero si ha nel Capit. di Worms dell'829, che riproducendo le decisioni di un Concilio di Parigi, attribuisce al re una competenza universale, definizione proveniente dal concetto religioso di monarchia, ma che bene riproduce le idee direttive del diritto pubblico del tempo.

La legislazione carolingia introdusse in tal modo un giudizio di secondo grado, investendo i *missi* del potere di riesaminare e riformare le sentenze dei giudici di prima istanza; il quale non essendo regolato da norme precise ha potuto anche dar luogo a dubbi sulla sua esistenza. Ma negando questo loro potere non si saprebbe come intendere questa facoltà di *emendare iudicium iniustum*. Occorreva che al *missus* ricorresse chi sentiva essere sacrificato il suo diritto, perchè egli lo riformasse: ma occorreva anche che il detto funzionario si rendesse persuaso che il giudizio era ingiusto. Probabilmente davanti a lui non si osservavano le forme della procedura ordinaria; e il *missus* valutava nella sua coscienza come doveva decidere, non altrimenti di quello che avveniva davanti al tribunale del re, dove le prove del duello e le altre ordalie non erano ammesse.

Digitized by Google

Ora davanti al *missus* si poteva ricorrere perchè riprendesse in esame la causa, e questa era l'eccezione riservata alle persone privilegiate; ma in via normale ricorrevano quanti ritenevano avere avuto sentenza contraria perchè non conforme al responso delle prove. Poichè era escluso nel procedimento barbarico che il giudice dovesse giudicare secondo la sua convinzione morale, ma dovesse rigorosamente attenersi all'esito delle ordalie, se egli non rispettava queste norme, era in dolo o in errore, falsava la verità formale, e chi era a torto condannato aveva il diritto di ricorrere contro di lui per falso. La parte appellava non contro la sentenza ingiusta ma contro il giudice che era in mala fede. Questo è il *blasphemare iudicium* delle fonti germaniche.

L'espressione *blasphemare* si presenta per la prima volta nel *Duplex Capitulare missorum in Theodonis villa datum anno* 805, c. 8: *De clamoribus vel causidicis qui nec iuditium scabinorum adquiescere nec blasfemare volunt antiqua consuetudo servetur, id est ut in custodia recludantur donec unum e duobus faciant.* Vi si ordina che in caso di non sottomissione a sentenza si debba *blasfemare iuditium*: e ciò è ripetuto nel *Capitulare longobardicum* dell'806 e nelle *Constitutiones papienses* di Lotario I dell'832.

18. Il diritto franco minacciava il carcere a coloro che non accettavano le sentenze pronunciate dagli scabini: dovevano essere trattenuti finchè o non si sottomettevano alla sentenza oppure non la attaccavano: era un'*antiqua consuetudo* questa di incarcerarli: *declamatoribus vel causidicis qui nec iudicium scabinorum adquiescere nec blasfemare volunt* (1). Quello che la legge chiama *blasfemare* era l'accusa mossa contro il giudice che aveva sentenziato falsando la legge e i fatti; un vero processo contro gli scabini e gli stessi conti (2), che non avevano vigilato e impedito che fosse resa una sentenza ingiusta (3). Il ricorso si faceva al tribunale del re: e volevasi così far annullare la sentenza e ottenere la condanna del giudice a un'ammenda per violazione della legge. Che se l'accusa portata contro il giudice era dimostrata calunniosa, la sentenza era confermata e chi aveva accusato a torto il giudice era punito. Fino a questo momento la sentenza non aveva forza obbligatoria, dipendendo ciò dalla sottomissione ad essa delle

(1) Capit. missorum in Theodonis villam., 805, pag. 123.

(2) Capit. Pipini, 754, c. 7.

(3) Capit. omnibus cognita, 801-814, s. 4, pag. 144.; Capit. de iusticiis faciendis, c. 5, pag. 296.

Digitized by Google

parti. Da ciò vedesi come nelle idee delle popolazioni germaniche prevaleva il sospetto che il giudice fosse sempre in dolo e non in errore quando la sentenza non era accetta alle parti contendenti, che fosse in una parola parziale e ingiusto.

Anche la *lex Wisig.* non ammetteva ricorso contro le sentenze per violazione di legge, bensì per sospetto di dolo da parte del giudice, verso il quale anche le altre leggi germaniche hanno diffidenza, col presupposto che pecchi non per ignoranza ma per cupidigia e timore (1). Siccome poi era sempre ammesso il ricorso al re, così non occorreva cominciare con un'accusa formale contro il giudice, ma potevasi domandare riesame della causa: ciò era un vero appello: solo non tutti avevano facoltà di rivolgersi al *palatium*; essendo questo privilegio dei *potentes*, dei *vassi*, dei vescovi, di quelli che per essere nel mundio regio godevano anche della *reclamatio ad regis definitivam sententiam.*

19. Dalla precedente esposizione si può concludere che la pratica italiana del sec. VIII al XII ammise in modo generale la legittimità di un appello o ricorso al re contro le sentenze dei giudici inferiori: il che derivava dall'ordinamento giudiziario longobardo-franco, costituito su una base gerarchica, e dalla responsabilità dei giudici verso il re (Rachis, 1). Tale ricorso si esplicava tanto nel caso che il giudice avesse deciso *per legem* o contro legge (*quod legibus non iudicasset*: Rachis, 14). Soltanto quest'ultimo caso importava un'accusa contro il giudice di avere giudicato *per arbitrium, iniquo animo, corruptus a premio,* accusa dalla quale non si liberava se non prestando *sacramentum regi.* Era diverso dalla *reclamatio ad regis definitivam sententiam* in quanto da questo procedimento non seguivano pene pel giudice, la cui sentenza era riformata, nè pene per l'appellante al quale era confermata la sentenza di condanna. Invece il *blasfemante* osando incolpare il giudice di dolo e quindi invocando contro lui una punizione, a questa alla sua volta andava incontro se risultava che a torto aveva accusato il giudice e se questi giurava la sua buona fede. Il giudice superiore o riconosceva che *rectum iudicium... datum fuisse* e riconfermava la sentenza di prima istanza (2).

(1) Lex Wisigoth., II, 20, 23; Alam., 41, 2; Baiuw, II, 18.

(2) an. 801: davanti all'imperatore Carlo M. il vescovo di Lucca presenta *iudicatum quo relecto ante eum omnia confirmavit sicut ibi contenebatur ut rectum iudicium de ipsis rebus quas ego ab ipsa Eccl. alienae querebam ad partem S. Eccles. datum fuisse*; MURATORI, VI, 211.

Digitized by Google

verso la quale la parte appellante diceva *iudicio se minime credere* (1): oppure annullava la sentenza senza muovere accusa contro il giudice, quando si fosse purificato verso il re con giuramento, a meno che non si fosse rifiutato di giurare. La procedura italiana adunque ammetteva l'appello per un gravame ingiusto, il *blasphemare* per una sentenza dolosa. Certo il doverli proporre al tribunale del re o dell'imperatore dava loro un carattere di eccezionalità, e non li rendeva accessibili nelle cause ordinarie (2).

Conseguenza dell'appello poteva essere o la conferma o riforma della sentenza o la dichiarazione di nullità, rinviando le parti a nuovo giudizio. Alla prima ipotesi si riferiscono due giudicati del 713 e 715: il tribunale regio esamina una causa che già era stata discussa davanti a giudici; al re è presentato un *iudicatum Maiordomi nostri A.* in causa che questi aveva ascoltato (*audierat*) *de qua respirasti ad nostram potestatem ut ipsum iudicatum qualiter a s. A. finitum est*, venga confermato (3). Le conferme di sentenze implicavano un riesame della causa anche se una sola parte, la vincitrice, si presentava: in questo senso è il giudicato dell'800 con cui un *comes palatii* che aveva dato incarico al papa di decidere una controversia, *iuxta iudicium* di questo pronuncia sentenza definitiva (4). Più evidente è l'applicazione di Liutpr., 28, nel giudicato dell'813, che contiene un caso di nullità. Il chierico A. era stato condannato e presentavasi in appello affermando che la sua condanna era *sine iuditio*, perciò nulla, e che non poteva essere privato del suo beneficio. Il *missus* dispose per un nuovo esame della causa *canonico ordine*: ma anche questa si chiude con una sentenza di conferma della prima sentenza *ut iterum ipse A. iuxta canonica ratione non abeat spem proclamandi se restituendi* (5). Qui il chierico *in eodem iudicio menime stare vo-*

---

(1) an. 829: GALLETTI, *Primicerio*, n. 3; an. 999, id., n. 24: *Abbas cepit fortiter reclamare et dicere: O d. Papa quare mihi hanc violentiam facis? Abbas reversus ad imperatorem cepit iterum proclamare... Imperator promisit se iterum legem facturum.*

(2) Ciò spiega la concessione fatta alle città italiane nella pace di Costanza, 1183: *appellatio ad nos fiat ita tamen ut non cogantur in Alamaniam ire.*

(3) TROYA, n. 405, 408; MURATORI, VI, 383.

(4) FICKER, IV, n. 5; GALLETTI, *Chiesa di Rieti*, 32.

(5) MURATORI, V, 919; *Memorie e doc. di Lucca*, V, 2, n. 385. Questo è un vero appello. Più frequenti sono le conferme di giudicati: an. 1158, il marchese di Padova *per iuditium suorum iudicum laudavit et confir-*

Digitized by Google

luerit perchè il giudice *non legem iudicassit*: quindi reclamo per nullità, diverso da quelli considerati nelle leggi a carico del giudice che *neglectum fuerit* (Liutpr., 81), *causam dilataverit* (id., 25), *cor suum in fraude declinaverit* (id., 75).

Non è possibile ricostruire la procedura speciale: si può dire che dopo il 1000 l'appello si andò modellando sopra le forme romane di cui i documenti riproducono le espressioni (1), tanto più che nei territori romanici non era mai venuto meno il concetto di una gerarchia nella amministrazione della giustizia e che dai giudici inferiori si potesse reclamare a giudici superiori. La *lex romana utinensis* ricorda il *suas causas ad Principem reclamare* (II, 1), come un diritto di ogni parte contendente e l'obbligo del *iudex* a cui è diretto l'appello di *rationem donare* (II, 18), poi per le cause criminali, *ubi de vita devocatur*, consacra il principio: *vox appellandi non denegatur*, entro tre mesi (XI, 6). Dippiù in altra composizione scolastica del sec. XI è detto che dopo tre sentenze non si possono invocare rimedi giudiziari (2). Certo la procedura si fece sempre più rapida: *visis allegationibus* si decide: *bene* o *male appellatum* (3). Queste constatazioni risultano, è vero, da scritti per la scuola: ma non si può negare che il *missus d. imper.* o il *comes s. palat.* come il *dux* di Napoli e di Venezia e il Papa erano supreme magistrature investite della facoltà di riesaminare le cause che già avevano ricevuto esame e sentenze dei giudici inferiori e che quindi essi funzionavano come magistrati di appello per riformare o cassare le sentenze.

Al sec. XII l'appello era divenuto rimedio ordinario tanto che gli arbitri, amichevoli compositori, pattuivano decidere *sine remedio appellationis et excusationis* (4). *Appellare* o *repetere provocando* sono al sec. XII frasi comunemente usate nel senso ro-

---

mavit ecc.; DONDI DALL'OROLOGIO, *Dissert.*, VI, 40. Una lite era presentata al giudice che ordina il duello; un legato imperiale l'avoca a sè: FICKER, IV, n. 136.

(1) an. 725: FICKER, IV, n. 99.

(2) Const. Iustin. in BETHMANN-HOLLWEG, V, Beilage 1. Sugli appelli all'imperatore e ai messi di lui vedi doc. in FICKER, n. 177, 184, 186, 209, 303.

(3) an. 1192, a Verona: FICKER, n. 182, 184: *iudicamus sententiam iniustam propter sacram. cal. petitum et non prestatum et ideo bene appellatum*; an. 1196: id., n. 192: *bene iudicatum male appellatum.*

(4) an. 1125: FICKER, n. 97, 99.

Digitized by Google

mano, riconoscendosi a tutti il diritto di appellare, e con abolizione delle pene contro gli appellanti temerari: *etsi iterum convictus fuerit tenetur in nihilum*: è opinione di alcuni langobardisti [1]. Cosicchè la pace di Costanza riconoscendo il diritto del Comune di risolvere gli appelli consacrava un diritto già normalmente stabilito in Italia.

---

(1) Ariprandus et Albertus, II, 59.

Digitized by Google

CAPO V.

Il procedimento criminale accusatorio e inquisitorio

SICILIANO, *Inquisitorio processo*, nel Digesto italiano; ESMEIN, *Hist. de la procedure criminelle en France*, 1881; DUBOIS, *Hist. du droit criminel*, 3 vol., 1834-60; BIENER, *Beiträge zur Geschichte d. Inquisitionsprocesses und Geschworenen Gerichte*, 1827; MEYER HUGO, *Strafverfahren gegen Abwesende*, 1869; BRUNNER, *Zeugniss und Inquisitionbeweis d. Karoling. Zeit* (*Sitzungsberichte der Wiener Akad.*, 1866); *Enstehung der Schwurgerichte*, 1871 e nelle sue *Forschungen*; SCHMIDT, *Die Herkunft d. Inquisitionprocesses*, 1902 (*Festschrift d. Univ. Freiburg z. 50 Jahr. Regierungjubileum*); *Koenigsrecht, Kirchenrecht, Stadtrecht beim Aufbau des Inquisitionprozess* (*Festschrift für R. Sohm*, 1915); E. MAYER, *Geschworengericht und Inquisitionprozess*, 1915; BEYERLE, *Entwicklungs problem im german. Rechtsgang*: I. *Sühne, Rache und Preisgabe in ihre Beziehung zum Strafprozess d. Volksrechte*, 1915.

1. Negli ultimi tempi dell'Impero la procedura contro i rei erasi di molto perfezionata, perchè l'accusa privata era stata relegata a un posto secondario, e il principale l'aveva assunto l'*inquisitio* da parte dell'autorità pubblica, che del resto l'aveva esercitata sempre, sotto la Repubblica e l'Impero: soltanto si era mostrata più energica e pronta, con sua iniziativa, senza l'obbligo di un accusatore e la formalità dell'iscrizione; se la denunzia non era sostenuta da un privato, doveva il pubblico ufficiale istruirla e sostenerla; e se la denunzia mancava, egli doveva procedere d'ufficio [1]. Le invasioni non spogliarono i giudici di queste iniziative. Gli Ostrogoti e poi gli stessi Longobardi affidarono ai

[1] MOMMSEN, *Roemisches Strafrecht*, pag. 347; GEIB, *Geschichte des roemischer Criminalprocess*, 546, 631.

Digitized by Google

magistrati il compito di procedere in quelle cause riguardanti l'ordine pubblico, la pace, la sicurezza del territorio, l'onore e la vita dei capi, l'esercizio della giustizia, il rispetto della religione (1). Maggior progresso si realizzò per opera dei Carolingi compresi dall'alta funzione politica e morale che il re doveva esercitare nel seno della società. Il re incaricato di far rispettare la legge divina ed umana doveva essere implacabile contro i rei: a Carlo Magno apparve l'idea della giustizia assoluta, la ragione e lo scopo della pena: combattè la vendetta privata, punì coll'esilio chi rifiutava pagare o accettare la composizione, ordinò un sistema di pene pubbliche, applicò il banno regio alle violazioni del diritto di famiglia e alla fede pubblica, reati prima considerati come privati, riprese il concetto romano del *crimen maiestatis* estendendolo all'inosservanza degli ordini regi, che disse offesa alla persona del re. Il carattere sacro della monarchia concorse a sostituire lo Stato alla vittima e alla sua famiglia e a presentare il reato come offesa a Dio e alla pace pubblica.

In conseguenza anche i Germani conoscevano e praticavano una procedura contro certi rei promossa dall'autorità pubblica: vi era una categoria di crimini che erano puniti anche senza che vi fosse un accusatore privato; e già sotto i Longobardi, tanto nelle cause civili relative a questioni di pubblico interesse, quanto in quelle intorno a beni regi, e di città e chiese si soleva, piuttosto di attendere i testimoni offerti dalle parti, ricercarli e sentirli di officio per inquisizione (2): e così nel caso di reati contro la persona del re, l'ordine pubblico, la fuga dall'esercito, ecc., nei reati di rapina nelle strade, di magia, di ratto di vergini, il giudice ricercava i colpevoli, raccoglieva le prove, istruiva il processo.

L'accusa privata aveva la prevalenza in tante altre cause (3). Allora la procedura era la stessa che applicavasi alle cause civili, le quali d'altronde prendevano aspetto di cause penali se il ci-

(1) E anche l'ordine nelle famiglie: se l'adultera non è punita dai parenti, lo sia dal re: Roth., 189, 221. Alla colpevole tolleranza ripari il giudice: id., 202, 212; Liutpr., 130.

(2) Liutpr., 56; TROYA, n. 340, 400, 548, 601, 610, 632.

(3) L'accusa nella forma romana colla *inscriptio* è in Ed. Theod., 13, 14 (= 15 C. Th., IX, 1), 35,50, 100. Il procedimento penale longobardo si inizia tanto su accusa che di officio. Inchieste di ufficiali inferiori presuppongono Liutpr., 85, 139, e altre leggi cit. a pag. 361, n. 2. Per investigazioni preliminari v. TROYA, n. 340, 609.

Digitized by Google

tato era contumace, se l'ordine del giudice era disobbedito, se la sentenza non era osservata.

Questa unità di procedura è stata già messa in rilievo e non occorre ripetere; basti indicare quello che in Italia fu più proprio dell'istruzione criminale sotto la dominazione longobarda.

2. Il procedimento criminale germanico aveva piuttosto carattere di pacificazione fra offeso e offensore, per indurre quello a rinunziare alla vendetta e questo a pagare la composizione. Nei casi in cui il reato aveva carattere privato e dava occasione alla *faida*, vi era il presupposto che le parti non si fossero accordate e che l'offeso invocasse l'intervento della pubblica autorità per imporre la composizione: in questi casi la domanda era presentata dall'offeso con accusa.

L'accusatore citava il reo come nelle cause civili: colla *mannitio* se fatta dalla parte: colla *bannitio* se fatta dall'autorità: colla *mallatio* quando l'accusa era direttamente proposta davanti l'assemblea giudiziaria, accusando uno che si trovava presente. Se il citato non compariva, incorreva nel *bannum* (*districtio*, *proscriptio*), e diveniva *exlex*, *extra sermonem regis positus*: quindi privato di ogni diritto o della pace pubblica, riguardato come *faidosus*, ma non poteva essere ucciso dall'offeso e tanto meno da chiunque: era un bando provvisorio, il quale, destinato a impedire che il reo si sottraesse alla giustizia, dava a tutti la facoltà di arrestarlo ovunque fosse e condurlo al giudizio, esclusa però quella di metterlo a morte (1). Si punivano i parenti suoi ed anche gli estranei che lo soccorressero. Egli poteva solo riscattare la sua testa sottoponendosi al giudizio del tribunale ed ottenendo la pace dell'offeso o degli eredi di lui (2). Comparendo aveva diritto di dare mallevadoria che si sarebbe presentato al tribunale, e liberavasi così dalla custodia o carcere preventivo. Da parte sua l'accusatore prestava il *iuramentum de calumnia* o *de asto*, e incorreva in pena se non provava l'accusa e se sottoposto al duello o al giudizio di Dio restava soccombente (3).

---

(1) Leg. lang. Karol. 47, 48. Cfr. Marc., I, 37; Sirmond., 33.

(2) Roth., 143; Liutpr, 42. Cfr. L. rip., LXXXV, 2: *usque dum parentibus satisfaciat*; L. sal., LIX, LXXVI: *donec omnia quae illi imputantur componat.*

(3) an. 824: *et illis qui se et reliquos suos consortes non recte clamare cogebant ad commemorandum causam aliquos hictos illis dare fecimus*; TIRABOSCHI, *Nonant.*, II, n. 25, pag. 43.

Digitized by Google

Le formalità volute per la citazione nelle cause civili si osservavano anche per le criminali. Il ladro era condotto al tribunale cogli oggetti rubati sul dorso: la donna violata vi compariva colle sue vesti stracciate. Nel caso di assassinio il corpo della vittima era portato davanti al tribunale: se l'uccisore non era conosciuto il cadavere restava esposto: le sue ferite faranno sangue se l'uccisore vi si accosterà. Qualche volta si producevano davanti al tribunale i capelli del morto o le sue vesti insanguinate. Chi aveva ucciso per legittima difesa, doveva comparire davanti al tribunale portando le armi del morto.

Nel caso di flagranza e di cattura alla presenza di molti l'accusato, tradotto immediatamente al tribunale, subiva un processo sommario, non occorrendo citazione nè altro atto formale, bastando per prova il giuramento di colui che lo aveva catturato, anche se non era l'offeso, con un certo numero di congiuratori, di coloro che eran accorsi alle grida di aiuto dell'offeso. Nessuna prova richiedevasi se l'arresto era fatto dal giudice o il fatto era notorio (1). Negli altri casi l'imputato poteva contestare l'accusa con testimoni, ed il giudice poteva interrogare le persone presenti per scoprire la verità. L'imputato poteva ricusare quelli ritenuti per ladri, sacrileghi, spergiuri. Se l'imputato confessava (2), gli si diminuiva la pena: se negava si procedeva alle prove, ai congiuratori, al duello, al giudizio di Dio. Se i testimoni non erano presenti, si accordavano dilazioni. Soltanto l'imputato era affidato a fideiussori che rispondevano della sua presentazione al nuovo placito; ma se aveva beni propri, i fideiussori non erano richiesti: se mancava degli uni e degli altri, i ministri del conte dovevano custodirlo e condurlo al tribunale. Qualora l'accusatore non si presentasse al giorno stabilito, incorreva in multe, e l'imputato era prosciolto (3). Che se trattavasi di omicidio e i

(1) BRUNNER, II, 481: *Abspaltungen der Friedlosigkeit* nella *Zeitschr. f. Rgesch.*, XI, 76; BENNECKE, *Zur Gesch. d. deut. Strafproz.*, 1886, pag. 81; GLASSON, III, 496; BEYERLE, pag. 459-509.

(2) Form. Bignon., 8: *sed venientes parentes et amici ipsius hominis interfecti ante comitem, interpellabant ipsum hominem qui eorum parentem in contubernio adssalissent vel interfecissent: sed ipse ille in praesenti adstare videbatur et hanc causam nullatenus potuit denegare, sed taliter professus fuit quod* ecc. An. 894: confessione di A. che *in virtute compreensid et in terra iactabit et adulterabit illa*; DE BLASIO, *Series principum langob.*, 146.

(3) Cap. 803, c. 25; 809, c. 13; 819, c. 15.

Digitized by Google

parenti *accusare noluerint aut ausi non fuerint*, e non vi era altri che accusasse, l'accusa era sostenuta dal giudice, che all'imputato deferiva il giuramento con 12 liberi e così purificato l'assolveva (1). In conseguenza bastava il giuramento per liberarsi da un'accusa non provata o non sostenuta personalmente dall'accusatore; come davanti alle prove di questo poteva l'imputato espletare tutti i mezzi di difesa (2).

L'esecuzione della sentenza era immediata per le pene corporali e di morte, senza dar luogo a superiore istanza o a invocazione di grazia. Nell'applicazione della pena al giudice riconoscevasi una certa latitudine (3), potendosi commisurarla diversamente dalla legge: così per es. per la legge romana avrebbe dovuto il reo incorrere nel *periculum vitae*; *sed intervenientibus bonis viris* si convenne in una composizione pecuniaria (4). Così chi non poteva pagare il guidrigildo, *tradatur ad propinquos defuncti*, come servo, ma l'offeso poteva venderlo non ucciderlo nè mutilarlo (5); se aveva beni, si conveniva fra le parti sulla somma o rimettevasi a un arbitro o al giudice stesso (Roth., 11, 14, 140, 389). Così le sentenze di condanna o di assoluzione (6) avevano l'aspetto di contratto giudiziale, di riconciliazione colla famiglia della vittima e colla società: la volontà delle parti offese interveniva per la conclusione di questo contratto.

3. Ma già si è detto che accanto a questo procedimento per

---

(1) Cap. Carisiac., 873, c. 3. Per la *Lex rom. utin.*, IX, 1, l'accusatore aveva tre giorni di tempo per meditare sull'accusa.

(2) Non è dunque il caso di parlare di onere della prova sull'imputato di delitto: l'accusatore doveva provare l'accusa ed all'altro competeva il diritto di difendersi; v. BEYERLE, pag. 368, 411; BEAUDOUIN, *Preuve par le serment du defendeur* negli *Annales de l'Université de Grenoble*, VIII, 1896, pag. 407.

(3) Roth., 128, 146, 148, 344, 346.

(4) Form. Sirmond., 32.

(5) Liutpr., 121, 152; Capit. lang. Karoli, 31, 34; Ludov., 8; Loth., 24; an. 894: *dum nos iudicibus tale eius audibimus manifestationem et pauca se dicebat habere substantia de presentis per capillis capitis sui compreendere fecimus* per consegnarlo ai parenti della donna offesa; DE BLASIO, o. c. pag. 146.

(6) Marc., I, 38: *si hoc coniurare potuerit de hac causa ductus hoc est extra aleam et periculum positus*; id., II, 18; Sirmond., 30: *de ipsa morte quietus valeat residere*; Lindenb., 119, 157; Andeg., II, 24, 28, 29, 49. Anno 1049 e 1086, Arezzo: *pro transactione hac et promissa pena receperunt meritum et launegild*; PASQUI, *Docum. per la storia di Arezzo*, n. 123, 145.

Digitized by Google

accusa privata, cioè promosso dall'offeso o dai parenti dell'ucciso, anche presso le monarchie germaniche si aveva una procedura d'ufficio per una categoria di reati che si andò sempre allargando, specialmente nell'epoca franca, quando le leggi vollero che conti, vescovi e messi invigilassero perchè nessun crimine e nessun scandalo restassero impuniti. Sotto i Carolingi trovasi in Italia usata una procedura d'inchiesta o *per inquisitionem*, della quale si è già parlato (capo III, § 5, pag. 276), contraria ai modi probatori formalistici del diritto comune, e adoperata per iscoprire le proprietà del fisco usurpate da altri (1), e tale privilegio estendevasi anche ai benefizi regi e alle chiese e monasteri messi in *mundio regis* (2). Poi vedesi come anche le altre chiese spesso ottennero per privilegio l'applicazione di questa procedura per difendere o rivendicare le proprie sostanze in difetto di documenti, specie se periti per devastazioni o incendi: tanto che si ritenne che tale modo di difendersi fosse divenuto diritto comune a tutte le chiese (3). Così in varie concessioni regie del secolo X era data facoltà al concessionario di provare, in caso di contestazione, *per inquisitionem et sacramentum trium liberorum quod iure proprietario inde investitus est* (4). E tale procedimento vedesi applicato particolarmente a favore dei poveri, orfani, vedove e *homines minus potentes* cui il re stimavasi tenuto ad aiutare e che spesso non trovavano chi accorresse spontaneamente a deporre in loro vantaggio (5). Inquisizioni o inchieste si facevano di frequente, nelle singole terre, allo scopo di formare i poliptici o inventari generali di tutti i beni e redditi, sia dei possedimenti della corona e delle chiese, sia dei benefizi regi; e in generale erano a ciò incaricati alcuni commissari rivestiti di carattere pubblico, i quali procedevano esaminando i censuari perchè dichiarassero i loro possessi

(1) L. longob. Ludovici Pii 38 e Lib. papiens., Form. ad h. l.; L. long. Ludovici II, 6 (Capit. 817, c. 2; Capit. 829, c. 2); Capit. missor. 803, c. 9; Capit. 819: Resp. missor., c. 1.

(2) SALVIOLI, *Storia delle immunità, signorie e giustizie delle Chiese in Italia*, pag. 81.

(3) A questa credenza contribuì il Capit. long. Ludov. II, c. 6, dimostrato però dal Boretius apocrifo, essendo composto dai c. 1 e 2 del Cap. Worm. 829, cap. missis data.

(4) an. 885, in *Hist. patr. Monum. Chart.*, I, 160.

(5) Cap. 819 Resp. miss., c. 1; Capit. 817 leg. add., c. 3; Capit. missor. 802, c. 21.

Digitized by Google

e redditi e i servizi cui erano tenuti e interrogando sotto fede di giuramento i più anziani e i più rispettabili del luogo. E anche in altri casi e per altre parti avevano facoltà di ordinare un'inquisizione i *missi* regi. In principio il diritto di *inquirere* era proprio solo del re che lo esercitava personalmente o per delegati speciali (1), poi dopo il mille l'ebbero i grandi signori investiti di giurisdizione (2).

Quelli chiamati alla *inquisitio* e obbligati a deporre sotto la minaccia del banno regio (3) giuravano di dire il vero (4), oppure si riportavano al giuramento di fedeltà già prestato (5). Se la inquisizione riesciva sfavorevole al fisco, non si faceva luogo a prova di contraria testimonianza nè al giudizio di Dio (6): solo potevasi ripetere la prova cambiando le persone da interrogare (7). Tale inquisizione non era soltanto propria delle cause civili, ma un'inquisizione anche per gli affari criminali appare nell'epoca longobarda e franca. Nei casi in cui la legge obbligava i conti e i giudici a procedere *ex officio* contro delinquenti, non era necessario che iniziassero un'inchiesta regolare, quale era stabilita per la prova *per inquisitionem*, bastando la notorietà del crimine, la pubblica fama che indicava coloro che avevano commesso atti turbativi della pace pubblica o lesivi della moralità. Però quando più forte l'autorità costituita sentì il dovere di mantenere l'ordine e di punire i delinquenti, tanto più sollecita essa fu nel circondarsi di mezzi idonei a raggiungere questo scopo: e nell'ottenere questo risultato, le legislazioni non ebbero che a riprendere o a continuare in quel procedimento di ufficio introdotto dagli

(1) Capit. missor. 802 c. 21; Pipini Capit. italic. 801, c. 12: *Comite vel eorum iudices... faciant venire et per eorum inquisitionem causa fiat definita.*

(2) an. 1050: *indices* (della Contessa Matilde) *diligenter inquirentes litem cum antiquioribus homines qui testificaverunt*; MURATORI, II, 975.

(3) an. 875: *quod si venire aliquis contempserit aut facta inquisitione super sacramento dicere noluerit, bannum nostrum in rebus illis mittere iubemus; Mem. di Lucca*, IV, 2, n. 39.

(4) an. 891: *iuraverunt homines circummanentes certam dicerent veritatem;* FUMAGALLI, *Cod. diplom. santambrosiano*, n. 41.

(5) an. 905, questione tra il Mon. e i suoi servi: sono interrogati alcuni uomini *in fidem quam Deo et d. imperatori debebant quid inde scirent de servitio dictorum hominum;* MURATORI, I, 773; *Regest. di Farfa*, n. 457, 462.

(6) Capit. Noviom. 808, c. 3, pag. 139.

(7) Capit. missor. 817, c. 2, pag. 289.

Digitized by Google

imperatori romani, e meglio ancora a copiare un'istituzione che la Chiesa da secoli aveva.

4. Fin dai primi tempi in cui la Chiesa aveva costituito una disciplina fra i fedeli, esercitando sopra essi una giurisdizione repressiva, era imposto l'obbligo a chi ne avesse notizia, di denunziare qualunque mancanza ai precetti religiosi e alla morale, qualunque scandalo che potesse turbare le coscienze. Questa era la *denuntiatio*, che si basava sopra Matteo, XVIII, 15-17, e che per questa sua origine ebbe il nome di *evangelica*, alla quale poteva precedere una caritatevole ammonizione. La procedura da seguirsi per la *denuntiatio* consisteva nell'invitare il colpevole davanti a quattro persone ad emendarsi, minacciando di accusarlo davanti alla comunità se persisteva nell'errore e nel peccato. La comunità poi lo cacciava dal suo seno se anche la pubblica denuncia non produceva gli effetti voluti (1). La comunità così si elevava a tribunale, per cui trasformavasi il pentimento in pubblica penitenza imposta dall'autorità e accettata dal colpevole. Se questi confessava la sua colpa, gli era imposta la penitenza: se non confessava, ogni giudizio restava sospeso, ma le autorità preposte alla comunità lo invigilavano, facevano indagini, istruivano un procedimento riservato. Al sec. V, trasformatasi la costituzione della chiesa, la *denuntiatio* non fu più portata alla comunità ma ai superiori: e quando la Chiesa ottenne riconoscimento e privilegi e si ebbe la *episcopalis audientia*, questi superiori movevano delle vere accuse contro i fedeli colpevoli o inosservanti, e sulle traccie del procedimento romano facevano contro essi una *inscriptio in crimen*, in base alla *diffamatio*. Si trattava in questi casi di *delicta manifesta* o *notoria*, i quali *accusatore non indigent* e che *iudiciarium ordinem non requirunt* (C. III e C. II, q. 1). Per questi soccorreva l'autorità di S. Paolo ai Galati, V, 19-21, e poi di Padri della Chiesa che facevano obbligo ai vescovi di espellere dal gregge le pecore infette (2). Seguiva una procedura pubblica con libertà di difen-

(1) HIERONYMUS, in c. 17, Dist. XLV; AGOSTINUS, in c. 18, C. II, q. 1. Su ciò v. KELLNER, *Buss- u. Strafverfahren gegen Kleriker in den sechs ersten Iahrh.*, 1863; DROSTE, id., 1882; HILDEBRAND, *Purgatio canonica und vulgaris*, 1841; FESSLER, *Canon. Process*, 1865; MOLITOR, *Canon. Gerichsverfahren*, 1856; LOENING, *Gesch. d. Kirchenrechts*, I, 252-289; 382-409; II, 496; HINSCHIUS, *Kirchenrecht*, V, VI 1.

(2) Const. apost., II, 46; TERTULLIANUS, *Apolog.*, 39; AMBROGIUS, in c. 16, C. II, q. 1, e c. 15 e 17 id.

Digitized by Google

dersi per l'imputato, perchè finora la Chiesa aveva adottato le forme processuali romane: solo fin da questo tempo dettò norme sulla *mala fama, infamia, diffamatio, suspicio* (1), le quali poi passarono nelle collezioni canoniche. Si aveva *infamia* quando la voce pubblica accusava alcuno di atti riprovevoli o quando alcuno si elevava accusatore di una persona anche senza portare le prove del fatto (c. 5, 12, 16, 17, C. II, q. 5). Se l'*infamatus* negava, doveva giurare e purificarsi: se non poteva giurare, incorreva nella pena (2). Come si vede, la Chiesa era già sotto l'influenza germanica dei mezzi di prova che aveva adottato. I Concili e i *Libri poenit.* regolarono questa materia secondo le idee e i sentimenti delle popolazioni sopra le quali la Chiesa svolgeva la sua autorità spirituale e morale. L'*infamatus* si difendeva coi congiuratori e col giuramento purgatorio, non altrimenti che egli fosse tradotto davanti al tribunale laico per una causa non canonica. Del resto l'invocazione di Dio nel giuramento era conforme ai principii della religione, ed è quindi naturale che il giuramento di purificazione fosse patrocinato da vescovi, papi, concili e scrittori (3). Gregorio VII aveva stabilito che pel sacerdote accusato *et certi non fuerint testes qui crimine illato approbent veritatem, iusiurandum in medio erit et illum testem proferat de innocentiae suae puritate cui nuda et aperta sunt omnia* (c. 5, C. II, q. 5).

5. Intanto in Occidente si era introdotto l'uso che i vescovi visitassero annualmente le proprie diocesi (4). E fra gli altri scopi (oltre quelli della cresima, della visita agli stabilimenti di carità, dell'ispezione ai vasi sacri e dell'insegnamento) era anche quello di correggere i fedeli e coloro che avessero commesse pubbliche mancanze, infliggere pubbliche penitenze, che già formavano un assieme di penalità regolate secondo i casi e le persone e raccolte nei *Libri poenitentiales.*

In quell'epoca di disordini e di scarsa moralità privata, questa giurisdizione dei vescovi era riguardata dall'autorità secolare come un ausilio salutare. Perciò i Capitolari carolingi ordinavano ai fun-

(1) Concil. Aurelian. III, an. 538, c. 4, in MANSI, IX, 10.

(2) c. 8-17, C. II, q. 5; c. 2-6, IX, de purg. canon. V, 34.

(3) GREGORIUS, in c. 6-9, C. II, q. 5; GREGORIO II, an. 727, in c. 5 id. LEONE III, an. 800, in c. 18 id.

(4) Erano queste visite costumanze antichissime, risalenti all'epoca apostolica.

Digitized by Google

zionari pubblici di coadiuvare i vescovi in queste indagini e di porre la forza pubblica a loro servizio, e specialmente di concorrere coi vescovi nel ricercare i resti di paganesimo, le pratiche di sortilegi, le unioni in cui erano offese le norme canoniche sui gradi di parentela, i reati di adulterio, i reati carnali, e poi di assistere le autorità ecclesiastiche le quali imponevano una penitenza oltre la pena pubblica a quelli condannati dai tribunali ordinari per reati comuni (1).

La descrizione di siffatte visite ci è stata conservata da Reginore abbate di Prums morto nel 905 nei suoi *Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis* (2). L'arcidiacono annunziava due o tre giorni prima alle parrocchie la prossima venuta del vescovo, il quale, giungendo, trovava in ciascun capoluogo di riunione i fedeli condotti dai loro curati. Nella relativa adunanza appellata *synodus* il vescovo ascoltava le denunzie e le difese e giudicava, infliggendo ai colpevoli le penitenze convenute: ma soltanto i delitti commessi pubblicamente potevano venir presi in considerazione, e per potersi procedere era forse necessaria la confessione e sottomissione del colpevole (3): che del resto era punito colla esclusione dalla comunione dei fedeli, cioè con pene spirituali in vita e dopo morte, se non si sottometteva.

Nel secolo IX i *synodalia iudicia* acquistarono un novello sviluppo riuscendo a costituire, certamente per effetto della pratica, un vero giurì di accusa, come è descritto nel libro di Reginone. Il vescovo *in synodo residens* sceglieva tra i fedeli riuniti *ex plebe ipsius parochiae* un certo numero dei più rispettabili uomini (*maturiores, honestiores, atque veraciores viros*) in genere sette, cui faceva giurare di rivelare tutti i delitti di cui avessero conoscenza rilevanti dalle *causae synodales* e appartenenti al *ministerium episcopi* (4). Il vescovo dirigeva le domande, li istruiva in ordine alle loro funzioni, proponeva a questi *iuratores synodi* una serie di questioni nelle quali figuravano, in un determinato ordine, i vari delitti repressi dall'autorità ecclesiastica (5). I *iuratores* dove-

(1) Per es. Capit. Mantuanum 781, c. 6; Capit. Pipini Suesson. 744; Capit. gener. Karoli M. 769, c. 7; Capit. Aquisgran. 813, c. 1.

(2) Ed. WASSERSCHLEBEN, 1840.

(3) Conventus ticinensis 850, c. 6.

(4) REGINONIS, II, c. 2, *de iuratoribus synodi*; c. 3, *iusiurandum synodale*. Lo Pseudo Isidoro contribuì a diffondere siffatto procedimento.

(5) Id., II, c. 3.

Digitized by Google

vano indicare i colpevoli: se questi erano presenti e confessavano, il vescovo circondato dai suoi chierici statuiva e infliggeva la pena stabilita. Se negavano, si seguiva la procedura germanica: cioè se l'imputato era libero si doveva purificare col giuramento; se era servo, colle ordalie. La Chiesa ricorreva alle censure per obbligare gli accusati a sottomettersi (1).

Questa procedura di *inquisitio* per mezzo dei *testes synodales* si sviluppò durante il secolo IX, e si perfezionò in modo che il vescovo agiva *ex officio* sulla base della notorietà e della *diffamatio*. In tutta questa procedura le influenze germaniche si riscontrano agevolmente: per es. i *testes synodales* presentano gli stessi caratteri dei testi del procedimento civile, come le prove e i modi di purificazione sono tolti dal diritto secolare (2): influenze reciproche, perchè anche la legislazione carolingia pretendeva dai conti che eleggessero nei singoli luoghi uomini degni di fede, che ricevessero da questi giuramento di manifestare i delitti e i delinquenti a loro conoscenza, e severamente punendoli se nascondevano il vero: *Iudex per civitatem faciat iurare ad Dei iudicia homines credentes iuxta quantos praeviderit seu foris per curtes vel vicos ibi mansuros, ut cui ex ipsis cognitum fuerit, id est homicidia, furta, adulteria, et de illicitas coniunctiones ut nemo eas concelet.* Tale giurì di accusa poteva qualche volta trasformarsi in giurì di giudizio (3). E dietro l'istituzione dei *missi* i due giurì di accusa, il laico e l'ecclesiastico, dovevano funzionare di concerto, e in ciascuna visita si trovavano generalmente insieme un conte e un vescovo.

Raramente poi i pubblici poteri potevano intervenire in un modo efficace, salvo nel caso di flagrante delitto. Che se nei Capitolari si trovano delle istruzioni dirette ai *missi* pei quali si raccomanda di *inquirere* in occasione di reati commessi, sembra però che una volta fatta la *inquisitio*, non potesse riuscirsi a processo se non in due modi: o coll'eventuale presentazione dell'imputato o coll'obbligarlo a purgarsi col giuramento o colle or-

---

(1) Id., II, c. 234, 238, 239; Concil. Mogunt., in c. 24, C. XVII, q. 4,

(2) ESMEIN, *Le serment des inculpés en droit canonique, Biblioth. de l'Ecole des hautes études: sciences relig.*, VII, 1896, pag. 231.

(3) Pipini Capit. Longob., a. 782, c. 8; Capit. Aquisgran. 828, *instruct. missorum*, c. 3; Ludovici II Conventus ticinensis, a. 850: *ubicumque agitur in tali suspitione quilibet venerit et rumor in populo dispersus fuerit quod haec facinora exerceat, cum* 12 *se expurget.*

Digitized by Google

dalie [1]: ovvero era necessario che colui il quale sospettato di un delitto veniva arrestato, accettasse l'inchiesta (*inquisitio*) e consentisse o domandasse anche di venir giudicato secondo le testimonianze raccolte dal giudice.

6. Come e quanto le disposizioni prese dalla legislazione carolingia siano state osservate nel periodo feudale, non è possibile stabilire: i poteri pubblici funzionavano con soverchia rilassatezza. Invece quelle della legislazione ecclesiastica lo furono con maggiore continuità, perchè la Chiesa mantenne la sua gerarchia, i suoi organi e la sua disciplina, tanto che si arrivò al tempo di Innocenzo III che diede al procedimento di ufficio larga applicazione e importanza, non che completo sviluppo e regolamento colle sue decretali (1198-1216), senza che nello stesso tempo si avvertisse che egli avesse introdotto delle novità sostanziali e gravato vescovi e fedeli di responsabilità prima sconosciute [2].

Le irregolarità e gli scandali del clero [3] pare richiedessero una repressione energica e pronta. E per dare a questa procedura criminale una forza qualsiasi fu necessario introdurre largamente una procedura di ufficio, facendosi luogo alla procedura *per inquisitionem*, la quale permetteva al giudice, anche quando non vi erano accusatori, di iniziare un processo contro la persona diffamata, escutere testimoni e, specie sulla base del notorio, pronunciare una condanna; mentre, secondo il diritto canonico anteriore e l'antica *inquisitio*, poteva il chierico, nei casi di pubblico scandalo, venire obbligato soltanto a discolparsi col giuramento.

A fondamento di siffatta radicale riforma le Decretali invocavano testi dell'antico e del nuovo Testamento: ma in realtà si appoggiavano soprattutto sull'onnipotenza papale e al diritto di sorveglianza ad essa inerente [4]. E infatti dapprima l'inquisizione doveva essere fatta da commissari nominati specificatamente

---

(1) Vedi il Capit. 813, c. 2: *ut inquiratur diligenter de faidosis hominibus*; 873, c. 5 e quello de latronibus, a. 904, c. 1: *ut ubicumque eos reperirent, diligenter inquirant*. Ma al c. 2 è prevista la presenza dell'accusatore e il duello giudiziario.

(2) c. 17-21, 24, X, *de accusat. et inquisit*, V, 1; c. 30-32, X, *de simon.* V, 3.

(3) c. 21 e 31 X, V, 3: *ut de notoriis excessibus taceatur... tribus modis possit procedi, per accusationem, denunciationem et inquisitionem — tribus modis valet crimen opponi denunciando, excipiendo et accusando.*

(4) Genesi, X, VIII, 21; LUCA, XVI, 2; c. un., X, III, 13.

Digitized by Google

dal papa a tale oggetto (1). Quando poi il Concilio Laterano del 1215 approvò e confermò queste nuove dottrine, il diritto di fare l'*inquisitio* apparteneva oramai a ogni giudice (c. 4, 24, X, v. 1).

Con grande cura vennero fissate le regole di questa procedura, la quale in realtà non era che una modificazione dell'antica persecuzione che conduceva l'*infamatus* al giuramento purgatorio. Mentre nel procedimento dei tribunali sinodali la *purgatio* costituiva un mezzo di difesa per l'imputato, in questo diritto canonico posteriore era un mezzo di inquisizione per il giudice. Nella procedura modificata da Innocenzo III l'*inquisitio* prese il posto che aveva l'*infamia* nell'antica e la *denuntiatio* pur coll'antico significato acquistò maggiore importanza. Il papa intendeva istituire un procedimento possibilmente diretto contro gli alti ecclesiastici (2); pei minori bastando i rimedi esistenti, ai quali invece i vescovi e gli abbati si sottraevano invocando canoni dello pseudo Isidoro: e quindi si può negare che il procedimento inquisitorio sia stato introdotto per perseguitare gli eretici. I risultati furono coincidenti: ma le disposizioni contro gli eretici sono distinte da quelle sulla inquisizione. La procedura contro gli eretici non era la inquisitoria, ma quella propria dei giudizi sinodali. Anche erroneo è ritenere che lo scopo del procedimento inquisitorio sia stato quello di estendere la giurisdizione della Chiesa sui peccati dei laici, poichè questa era ai tempi di Innocenzo III esercitata per mezzo dei giudici sinodali e per mezzo della procedura *ex officio* sui *notoria* e sulla *diffamatio*, e non poteva ottenere dall'*inquisitio* maggiore estensione ed efficacia.

Le disposizioni di Innocenzo III ebbero grandissima influenza nel disciplinare il procedimento criminale presso le giurisdizioni laiche delle città italiane sopratutto. Il procedimento fino allora in gran parte accusatorio si trasformò, e i tribunali secolari applicarono le norme canoniche nella persecuzione *ex officio* dei delinquenti.

---

(1) c. 31, X, de simon., v. 3; c. 24, X, de accus., v, 1.

(2) c. 24, X, id., c. 7, X, de voto III 33; c. 26. X, de decimis III 30; cap. tolto da una lettera di Innocenzo III, an. 1199 (Epist. II, 242), ove il papa nota che i laici sono tratti a non pagare le decime dalla vita scandalosa dei vescovi. E nella ep. VII, 75, dice che gli eretici *ex vita Archiepiscopi et aliorum praelatorum contra eccelsiam sumunt perniciosius argumentum*...

Digitized by Google

7. La traccia più antica di inquisizione è nel c. un. X. *de eccles. benef.*, an. 1198, al vescovo di Milano, relativo a un fatto di simonia pel quale non esisteva accusa, e perciò non si era iniziato processo. L'*accusator et iudex* fu il papa stesso, che giustificava questa procedura *praesertim cum ratio assignanda debeat esse posteris pro futura*. Il papa che aveva tutte le facoltà per *inquirere*, delegò al vescovo l'inquisizione.

Altri casi in cui il papa incitava a procedere a inquisizione si riscontrano: 1° nel c. 10, X. *de purgat. canon.*: il papa loda il vescovo perchè inquisì *ex officio suo fama publica deferente*; 2° nel c. 31, X. *de simon.*, an. 1199, diretto ad alcuni commissari ai quali il papa aveva commesso un'inquisizione contro un abbate; 3° nel c. 17, X. *de accus.*, an. 1206, diretto a commissari incaricati di una inquisizione contro il vescovo di Novara. Il papa giustifica questa procedura invocando il Vangelo; 4° nel c. 21, X. *de accus.*, an. 1212. Ivi si allude all'*inquisitio famae*, cioè segreta, che doveva eseguirsi (1); però non risulta che l'inquisizione fosse sempre segreta: in ogni modo doveva essere garantita la libertà della difesa. Nondimeno certi caratteri rivelano una forma rigorosa del processo: la scrittura vi ha una parte principale, e il dibattimento orale è scomparso. L'inquisito doveva giurare *de veritate dicenda* quando interrogato sui *capitula*; per cui era costretto di accusarsi da sè. Egli doveva essere presente *nisi per contumaciam absentaverit et exponenda sunt ei illa capitula; de quibus fuerit inquirendum ut habeat facultatem defendendi se ipsum* (17 id.).

L'*inquisitio* spettava al giudice ordinario, cioè ai vescovi sopra i loro sudditi, al papa sui vescovi: ma potevano delegarla ai commissari: doveva farsi *in loco*, e l'inquirente doveva esservi spinto dalla pubblica *fama* ma accertarsi *de visu*: doveva esistere una *diffamatio*, anche se alcuno non presentava un *libellus diffamationis*: e la *diffamatio* doveva partire *non a malevolis et maledicis sed a providis et honestis, non semel tantum sed saepe* (1). La *inquisitio* era una *persecutio* tanto civile che criminale che portava in conseguenza a una condanna civile quanto a una penitenza, alla rimozione dall'ufficio, alla perdita del beneficio. Si può esclu-

(1) c. 17, 21, 24, 27, X, de accus., V, 1; c. 31, X, de simon. V 3; c. 23, de elect., I, 6; c. 3, de test. cogend., II, 2; c. 21, de iurei., II, 28; c. 8, de cohabit. III, 2.

Digitized by Google

dere che potesse il giudice ricorrere alla tortura che era estranea al diritto canonico (1).

L'inquisizione condusse poco a poco alla scomparsa quasi completa dell'accusa, la quale fece posto alla *denuntiatio*. Questa esisteva da lungo tempo e non poteva portare che a una semplice penitenza. Però anche essa si era mutata, e gli effetti si erano fatti più seri: era sempre una procedura che si iniziava colla *charitativa admonitio*, ma se era constatata la mala fede dell'imputato, trasformavasi in *inquisitio* e finiva coll'applicazione di pena straordinaria. Che se invece era provata l'innocenza del denunziato, il denunziante era punito (14, 19, X, V, 1). E appunto per questo egli poteva dimandare di essere ammesso a fornire le prove della reità dell'inquisito, divenendo così parte nel processo. Avevasi allora quella che i proceduristi antichi per distinguerla dalla *inquisitio ex officio publica infamia* o *inquisitio pura*, chiamavano *inquisitio cum promovente*. Al *promotor* spettava una parte attiva; e la procedura era in realtà un'accusa attenuata e libera dalla *inscriptio in crimen*.

Oltre questa procedura di inquisizione un'altra ne era praticata dalla Chiesa contro gli eretici, l'*inquisitio haereticae pravitatis*. Lucio III nel Concilio di Verona del 1184, dopo avere di accordo con Federico I proclamato il principio che gli eretici ostinati e quelli già riconciliati colla Chiesa e poi recidivi (*relapsi*) fossero abbandonati al braccio secolare per ricevere le punizioni legali, prescrisse che ogni vescovo una o due volte all'anno si recasse o mandasse in quelle parti della sua diocesi ove era sospetto di eresia, e quivi facesse giurare tre o più uomini di buona fede ed anche l'intera popolazione di denunciare coloro che nelle opinioni e nella vita si allontanassero dalla retta credenza (2). Il Concilio lateranense IV del 1215 ripetè tale ingiunzione (3). Ma la solenne esortazione di Lucio III non diede tutti i frutti che egli si aspettava, e invano i papi e i concilii l'avevano ripetuta, poichè

(1) Il solo passo nelle Decretali in cui parlasi di tortura è il c. 6, X, de regul. iuris, V, 41: *Tormenta iudicis non praecedentibus inferenda non sunt. Quum in causae contemplatione... in ipso causae initio non est quaestionibus inchoandum*. Il passo è ripetizione della l. 1, Dig. de quaestion. ed è preso da Gregorio I, Epist. I, ep. 6.

(2) MANSI, *Concilia*, XXII, pag. 492; c. 3, X, de haeret., V, 7.

(3) c. 13, 7, X, de haeret., V, 7: *totam viciniam iurare compellat*.

Digitized by Google

al principio del secolo XIV l'inquisizione episcopale non funzionava regolarmente, e, quando funzionava, il sistema di procedere impediva di sovente l'ottenere seri risultati.

Resta intanto accertato che fino dal secolo XII la Chiesa aveva istituito un procedimento inquisitorio e che tra la fine del secolo e il principio del XIII papa Innocenzo III ne aveva dettato le norme pel suo funzionamento. Ciò era necessario precisare per dimostrare l'erroneità di quell'opinione che vuole attribuire l'origine del procedimento inquisitorio a istituti germanici (1), o vedere in quello non altro che la riproduzione di quanto già praticavasi nell'Italia meridionale, dove il procedimento inquisitorio era stato introdotto dai Normanni (2).

8. Intanto contro l'origine germanica sta il fatto che la legislazione imperiale romana conosceva un procedimento *de plano, statim quam celerrime, citra solemnia accusationum* (3) — *sine ullo vinculo legis* (4) — nel quale *non oportere relationibus... sed rei veritatem inquirere* (5), inquisizione affidata ai *curiosi* e ai *stationarii* che raccoglievano le testimonianze, *quaestiones, testes et tabulas* (6) e le riferivano al magistrato. Quando l'accusatore era contumace, si ordinava che espletare le indagini fosse affidato alla *publicae sollecitudinis cura* (7). Un procedimento *extra ordinem* più celere e sicuro era praticato dai Romani: e al tempo dell'Impero alle magistrature locali erano conferiti larghi poteri per mantenere l'ordine e reprimere i reati, il che non poteva ot-

---

(1) ERNST MAYER, *Geschworengericht und Inquisitionprozess*, 1915. — L'attribuzione alla Chiesa del procedimento inquisitorio fu sostenuta dagli antichi storici come THOMASSIN, *De veteri et nova disciplina eccles.*, parte II, lib. III, e dal BOEHMER, *Ius eccles.*, III, 39; poi dal BIENER, DOVE, ESMEIN, PERTILE, MOLITOR, *Ueber kanon. Gerichtsverfahren gegen Kleriker*, 1845, pag. 54; MÜNCHEN, *Kanon. Gerichtsverfahen*, I, 453; HINSCHIUS, *Kirchenrecht*, V, 349.

(2) SCHMIDT, *Herkunft des Inquisitionsprocesses* nel *Festschrift d. Univ. Freiburg*, 1902; *Koenigsrecht, Kirchenrecht, Stadtrecht beim Aufbau der Inquisitionprozess* nel *Festschrift f. Sohm*, 1915.

(3) l. 9, § 3 Dig., I, 16; l. 6 Dig., XLVIII, 2; l. 1 Cod. IX, 4; l. 7 Cod., IX, 2.

(4) l. 61 Cod. Theod., XI, 30.

(5) l. 14 Cod. IX, 2.

(6) l. 1 e 8 Cod. Theod. VI, 29; l. 2 id., VII, 20; l. 31 id., XVI, 2; CICER., *De invent. orat.*; QUINTIL., *Inst. orat.*, lib. V, proem. e c. 1.

(7) l. 1 Cod. Theod., IX, 3.

Digitized by Google

tenersi se fosse stata loro circoscritta l'azione, attendendo per muoversi l'intervento di un accusatore (1). Ricevuta la denunzia dai *curiosi* e *nunciatores*, il magistrato procedeva a *rei veritatem inquirere* (2) e prima di tutto interrogava questi minori funzionari (3) e poteva anche sottoporre l'accusato alla tortura ma solo su gravi sospetti (4). La forma di procedura inquisitoria aveva finito per costituire la regola ordinaria. Così che si può concludere che furono i Germani ad apprenderla dalla pratica romana (5), a trasportarla nelle leggi (6) e ad affidarla ai loro magistrati (7).

L'*inquisitio* era pratica sì dell'amministrazione romana che della ecclesiastica, e Innocenzo III non l'inventò ma solo ne dettò le regole e la rese obbligatoria. Tanto la romana che la canonica differivano da quel giurì di accusa che trovasi in Normandia, che poi si diffuse in Inghilterra (8) e che i Normanni portarono anche in Sicilia (9), ove costituì la *inquisitio generalis* di Federico II. Quest'ultima potrebbe presentare delle affinità colla *inquisitio*

---

(1) Il preside *habet imperium*: l. 3 Dig., I, 18 — deve *malis hominibus provinciam purgare*: l. 13 id. — ladri, sacrileghi *conquirere debet*: l. 4, § 2 Dig., XLVIII, 13; l. 14 Cod., IX, 2. Vedi anche l. 8 Dig., LXVIII, 1; l. 15 § 1 Dig., XLVIII, 16; l. 94 Dig., XLVII, 2; l. 3, § 2 Dig., XLVII, 20. — Gli ordini di Giustiniano, Nov. 17, c. 6, di reprimere i reati non si comprendono se non si ammette nel magistrato la facoltà di procedere di ufficio. E nella Nov. 128, c. 21, si parla di *inquirere in eos qui latrocinia, violentias, aut rapinas rerum vel mulierum aut alia delicta.*

(2) l. 14 Cod., IX, 2.

(3) l. 6 Dig., XLVIII, 3.

(4) l. 22 Dig., XLVIII, 18.

(5) Le disposizioni dell'Ed. Theodorici, 13, 14, 50, 100, sembrano concepite piuttosto per allontanare gli accusatori: il giudice ha l'iniziativa se questi mancano: c. 6. — Nelle *Variar.* di Cassiodoro la parola *inquisitio* ha il significato tecnico di inchiesta giudiziaria: III, 31; VI, 8, 16, X, 26, 28. Così anche nelle *Epist. Gregori I*, lib. II, 9; III, 8.

(6) Una *inquisitio* suppongono Roth., 15, 189, 223; Liutpr., 44, 56, 85; Ahist., 9; Pactum Arechis e Pactum Sergii ducis, an. 1030.

(7) A un'*inquisitio* si riferiscono la *Form. Andecav.*, ZEUMER, 32; la *Form. Turon.*, id., 30; la *Form. Sangall.*, 9 a 10. — La *Lex rom. ut.*, IX, 27, 30, 31, mostra l'esistenza di due procedimenti. Più esplicitamente il *Capit. Remedii*, 12: *Maiores culpae senioribus iudicibus praesententur et omnes obventiones rei inquirantur.*

(8) BRUNNER, *Entstehung der Schwurgerichte*, 1872, pag. 4, 154, 291, 458; MAYER, *Geschworengericht*, pag. 291.

(9) SCHMIDT, *Herkunft*, 51; *Aufbau*, 32; MAYER, o. c., 226, 232; *Italien. Verfass.*, I, 256; II, 409.

Digitized by Google

haereticae pravitatis di Lucio III, ma non con quella di Innocenzo III che era *particularis*, segreta ed *ex officio iudicis*. L'*inquisitio* di Federico II suppone la costituzione di un giurì di accusa che manca completamente in quella pontificia.

Ma ancora vi è indubbia la priorità in favore della pontificia, che è già completa nella lettera di Innocenzo III del 1198 (c. un., X. *ut eccles. benef.*, III, 12) e nella collezione ufficiale del 1210 (1), mentre la più antica menzione da parte di Federico II trovasi in un privilegio concesso ai Palermitani il 12 ottobre 1233: col quale venne loro confermato l'uso delle consuetudini di cui la città era *a progenitoribus nostris priscis regibus honorata* e fino dai tempi di Guglielmo II; e fra queste era quella che *officiales per modum inquisitionis gen ralis vel specialis aut alium extraordinarium modum in privatis et publicis criminibus quibuscumque contra unum vel plures in dicta civitate non debet procedere ex eorum officio vel a denunciatione eciam alicuius et precipue quando patratores criminum nequeunt inveniri ad penam personalem vel pecuniariam infligendam* (2). Questo privilegio che dunque esenta i Palermitani dall'essere inquisiti per delitti e che è certamente anteriore alla Costit. I, 53 (3), nulla a che vedere coll'inquisizione canonica. È necessario anzi tutto premettere che per le leggi di Federico II l'*ordinarium judicium*, l'*ordinarius modus procedendi* era l'accusatorio (il che sarà dimostrato nella II parte di questa storia), e quando egli parla di *inquisitio* (4), si riferisce a quella *generalis*, cioè a quella procedura di ammonizione che i Normanni avevano introdotto in Sicilia e che egli poi alterò attribuendo al magistrato funzioni di iniziativa che mancavano nel diritto franco-normanno. E la sua *inquisitio* nemmeno era se-

(1) L'*accusatio* figura ancora nella Compil. I, più vecchia di 20 anni.

(2) Pubblicato da MORSO, *Dilucidationes ad privilegium Alphonsi quod fiscus non possit contra cives Panormi principaliter agi*, Palermo, 1660; da LAMANTIA, *Antiche consuetudini delle città di Sicilia*, Palermo, 1900, pag. 234; e *Consuet. della città di Palermo*, 1900, pag. 78; e da SICILIANO, *Consuet. della città di Palermo*, n. 1, perchè tale consuetudine è compresa nelle *Consuet. di Palermo* redatte nei primi del sec. XIV.

(3) Che manca nella versione greca ed è un'aggiunta posteriore al Cod. di Melfi e promulgata dopo il 1240 (CAPASSO, *Storia esterna delle Costit. del Regno di Sicilia*, 1869, pag. 29). Cfr. ZECHBAUER, *Das mittelalterliche Strafrecht Siciliens nach Friedrichs II Constitutionen*, 1908, pag. 168-247.

(4) Const. regni Sic., I, 1, 28; II, 10, 33. Queste leggi sono anche nella versione greca e quindi del 1231.

Digitized by Google

greta, ma pubblica, e il giudice non poteva *inquirere absque parte* e occorreva la *fama publica* e la denunzia di *multi de terra*, che presentavansi al giudice che con editto aveva annunziata la *inquisitio generalis*, che diveniva *specialis* qualora riguardasse un crimine speciale, come la lesa maestà e qualora vi fossero *singularium delationes contra singulares personas* (*Const.* I, 53). Dunque nè la generale nè la speciale inquisizione di Federico uniformi a quelle importate in Sicilia dai Normanni, e a cui si riferivano i Palermitani, hanno rapporti e tanto meno simiglianza con quella canonica.

Ma vi è dippiù. Esclusa qualsiasi figliazione del procedimento inquisitorio canonico da un'inquisizione fridericiana, e ricordato che tanto la monarchia longobarda che la franca imposero ai giudici di procedere d'ufficio, si può dire che questa attività delle magistrature continuò in Italia senza interruzione, finchè la ereditarono i Consoli dei municipi italiani, come è permesso desumere dalla legge genovese del 1143, che elenca i casi in cui i Consoli procederanno *cum lamentatione* e *sine*, e tace di accusa nei reati di omicidio e di aggressione, nei quali quindi si doveva agire di ufficio, *sine lamentatione* come quando trattavasi *de comunibus rebus* (1). Lo stesso fatto che gli statuti del sec. XIII accostano il procedimento inquisitorio e l'accusatorio come due istituzioni normali, mostra come il primo costituisse una attività amministrativa ordinaria, fondata sopra una consuetudine secolare, alla quale il diritto canonico aggiunse le regole ben definite che esso aveva esperimentato nei suoi tribunali (2).

---

(1) Breve Cons. Januens., c. 17, in *Hist. patr. Monum. Leges*, I.

(2) Si intende che nulla venne mutato per quanto si riferisce all'accusa privata, colla quale per es. è iniziato il procedimento contro il marito che ha ucciso la moglie; v. Liber pap., Form. ad Roth., 200, 201. Cfr. ancora Form. ad Roth., 208, 210, 141, 143. E tale accusa passò nella legislazione comunale.

Digitized by Google

CAPO VI.

Procedura di esecuzione

DEL GIUDICE, *Vendetta nel diritto longobardo*, 1876 e negli *Studi di storia e diritto*, 1889; NANI, *Studi di diritto longob.*, 1878, II; DEL VECCHIO, *Sulla rivendicazione dei beni mobili nell'antico diritto germanico*, in *Arch. giuridico*, XX, 1878; TAMASSIA, *La defensio nei docum. mediev. ital.*, id., LXXII, 1904; FERRARI GIANNINO, *L'esecuzione forzata gotica e long.*, negli *Studi senesi*, XXXVI, 1923; SICILIANO, *Digesto ital.*, voce *Intertiatio*; SCHUPFER, *Dir. privato dei popoli german. in Italia* 353-377; ID., *Allodio*, in *Digesto italiano;* BEMMELEN, *Propriété mobilière*, 1887; JOBBÉ-DUVAL, *Étude hist. sur la rivendication des meubles en droit français*, in *Nouv. Revue historique de droit*, IV, 1881; THEVENIN, id., III, 1879; SOHM, *Procedure de la loi salique*, 1873, pag. 55-79; THONISSEN, *Organisation iudiciaire de la loi salique*, 1882; ALBRECHT, *Die Gewere*, 1838; HEUSLER, id., 1881, pag. 487-502; LABAND, *Vermogenrecht. Klagen*, 1875; MEIBOM, *Deutsche Pfandrecht*, 1867, pag. 196-242; WILDA, id., in *Zeitschrift für deut. Recht*, I, pag. 167-370; GAUPP, id., II; DELBRUCK, id. id., XII, 221-269; BEHREND, *Anefangu. Erbengewere*, 1885; BRUNS, *Das Recht des Besitz im MA*, 1848, pag. 285 e seg.; LONDON-PAPPENHEIM, *Die Anefangsklage in ihrer ursprungl. Vertragsbruch*, 1876, pag. 103 e segg.; NAEGELI, *German. Selbstpfandungsrecht in hist. Entw.*, 1876; HERMANN, *Grundelemente der altgerman. Mobiliarvindication*, 1896; COHN, *Die Iustizverweigerung*, 1890; HÜBNER, *Immobiliarprozess des frank. Zeit.*, 1893; HORTEN, *Personalexecution in Geschichte und Dogma*, 2 vol., 1893-97; WACH, *Arrestproz.* 1868; KISCH, *Deutsche Arrestprozess in seiner geschichtl. Entwickelung*, 1914; ID., *Pfandungsklausel nach frank. Recht*, nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, XLVIII; PLANITZ, *Die Vermogensvollstrechung in deutsche mittelalterl. Recht*, I, *Pfandung*, 1912; SOHM, *Die Pfandung in langob. Recht*, nel vol. *Festgabe f. Rudolf Sohm*, 1914.

§ 1. *L'esecuzione giudiziaria.*

1. Il diritto germanico portato in Italia era ancora nello stadio proprio delle civiltà primitive e barbariche in cui respingere l'of-

Digitized by Google

fesa è diritto dell'offeso e dei suoi parenti, e quindi la vendetta è ammessa e anche tutelata. Come mezzo per esercitare quest'autogiustizia, propria dei popoli dove gli organi della pubblica autorità sono o inattivi o tanto rudimentali da mostrarsi incapaci di una vera e continua efficacia, aveva parte importante una procedura extragiudiziaria, in seguito della quale il privato agiva nella difesa delle proprie ragioni dal momento che gli mancava il sussidio dei pubblici poteri. Nello stesso modo che la vendetta anche nel tempo in cui o Teodorico (1) o Liutprando l'avevano limitata (2), era riconosciuta legittima in certi casi contro chi aveva recato offesa all'integrità personale, così chi era leso in un suo interesse o trovava violati patti liberamente conclusi, poteva da sè ottenere la riparazione del danno sofferto, esercitando la *vis privata*, cioè prendendo di sua autorità pegni dalla parte avversa.

Concetti fondamentali di tale procedimento sono: ogni delitto importa la perdita della pace da parte dell'autore e quindi legittima la vendetta da parte dell'offeso: è riguardato colpevole di delitto tanto il ladro quanto il debitore che manca all'adempimento degli obblighi assunti, tanto se non può quanto se non vuole, e più ancora se vi si sottrae colla fuga: egli incorre nella perdita della pace (3). Il sospetto di possibile fuga autorizza il creditore ad impadronirsi dei beni del debitore e anche della persona di lui. Nello stesso senso e con identiche conseguenze è considerata la morte del debitore, la quale rende esigibile il credito anche prima della scadenza, e quindi il creditore può sequestrare il cadavere (4). Come è chiaro, in tutti questi casi il creditore non è assistito dalla pubblica autorità, ma da sè e coll'aiuto dei suoi parenti realizza quello che ritiene suo diritto. Le leggi riconoscono legittimo l'eser-

(1) CASSIODORI, *Variarum*, III, 24.

(2) DEL GIUDICE, *La vendetta*, ecc., pag. 264.

(3) Come si è detto in altri punti, nelle antiche costumanze germaniche ogni violazione di un diritto, di un'obbligazione, di sponsali, ecc., è *furto*, a cui seguono pena e indennizzo; non esiste distinzione fra diritto civile e criminale. V. WILDA, *Strafrecht d. Germanen*, 907; AMIRA, *Nordgerm. Obligationenrecht*, II, 237; *Altnorweg. Vollstreckungsverfahren*, 103; GIERKE, *Schuld und Haftung*, 14.

(4) Vi allude la Nov. LX di Giustiniano del 537. Sul sequestro del cadavere da parte del creditore v. AMBROGIUS, *De Tobia*, c. 10. E come l'imminente morte del debitore desse luogo a sequestri anticipati è detto per le Gallie da SIDONIO APOLLINARE, *Epist.*, IV, 15. È probabile che tali sistemi non siano rimasti estranei anche all'Italia nell'alto medio evo.

Digitized by Google

cizio della sua forza. Ma possono verificarsi altre ipotesi: che fra debitore e creditore si convenga che il secondo possa impadronirsi o per dir meglio sequestrare beni del primo nel caso di insolvenza: che il creditore rinunzi alla vendetta, perchè è disposto ad accettare la composizione *occulte*, *sine iudice* o a ricorrere al tribunale, alla cui decisione anche il debitore o il reo si è obbligato di sottomettersi, in ossequio alla regola: ad ogni sentenza di condanna deve precedere l'adesione del condannato: regole a cui facevasi eccezione per le condanne a pene corporali. L'adesione, cioè la promessa di accettare la sentenza viene espressa nella formola *fidem facere* (1). Tenendo nella mano sinistra la *festuca* come simbolo materiale di affermazione solenne e innalzando la destra al cielo, il convenuto dichiarava in persona o per fideiussori che avrebbe obbedito alla sentenza. A differenza della *fides facta* del diritto privato che faceva passare l'obbligazione al fideiussore e liberava il debitore primitivo, la giudiziaria era una garanzia data all'attore nel caso che riuscisse vincitore.

Nel giorno stabilito per l'esecuzione della sentenza, l'attore accompagnato da testimoni attendeva il condannato nel tribunale; se presentavasi e pagava, la lite era finita e la pace ristabilita; se no, era ritenuto contumace, o, come dicevasi, *legitime iactivus admallatus*. Allora l'altro domandava l'esecuzione sui beni del condannato, assumendosi la responsabilità degli atti conseguenti. Il giudice assistito da testi idonei si recava alla casa del condannato e sceglieva oggetti di un valore equivalente al debito oltre al pagamento del *fredus*: il giudice che si rifiutava di procedere al sequestro senza legittimo motivo, era tenuto di pagare una composizione. Se poi il debitore non aveva beni, e i parenti di lui non potevano soddisfare per lui, *tunc de sua vita componat* (L. sal., LVIII), misura che poi fu attenuata e sostituita colla schiavitù per debiti (2).

2. Tali costumanze non tardarono ad essere modificate specialmente quando si differenziò il processo civile dal criminale: al-

---

(1) Lex salica, LVI. Su questo testo v. SOHM, 162; SIEGEL, 264; LOENING, *Vertragsbruch u. seine Folge*, 45; BEHREND, *Zum Process d. L. sal.*, nei *Festgabe f. Heffter*, 1873, pag. 67; HEUSLER, *Inst. f. d. Privatr.*, II, 233.

(2) Form. Andecav., 2, 3; Sal. Bign., 27: *sed dum minime habeo unde transsolvere debeam sic mihi aptificavit ut brachium in collum posui et per comam capitis mei tradere feci... servitium vestrum adimplere debeam.*

Digitized by Google

lora l'esecuzione delle sentenze contro reo di delitto importò conseguenze diverse in confronto delle sentenze per debiti. La perdita della pace e il bando furono riservati ai contumaci e a quelli che non pagavano le composizioni (*si facultas deest*) e ai condannati a morte che si sottraevano colla fuga (1). Poi si ebbero le pene pubbliche estese a tutti i reati, e con esse la legislazione carolingia intese reprimere ogni azione del privato a esercitare la vendetta o a eseguire da sè la sentenza, commessa ormai ai pubblici poteri. E se congiunta alla pena andava la confisca o una perdita parziale di beni a titolo di indennizzo, quella avveniva colla *missio omnium rerum in publicum* (Cap. Henrici, II, c. 2), cioè colla occupazione forzata dei beni da parte del fisco.

Per la esecuzione di sentenza civile procedevasi colle formalità legali e anzitutto secondo il principio che era a base della sentenza, la quale non era eseguibile se non nel caso che contenesse la condanna di banno o quando una delle parti si fosse obbligata con *wadia* che l'altra aveva accettato; donde un contratto. La sentenza così suonava: la parte condannata deve promettere di fare la prova: ciò quando la sentenza aveva carattere preparatorio e quando i risultati della prova erano preventivamente accettati dalla controparte. Che se la sentenza era definitiva, imponeva riparare il torto, prestare il promesso, cedere la terra, farne l'investitura, pagare la pena, promettere di non molestare, ecc. Ecco dunque un contratto avente per causa la sentenza, che ne stabiliva i termini e che la parte soccombente aveva preventivamente accettato. In conseguenza questa rinunziava ad alcuni di quei diritti che le leggi garantiscono a tutti, come l'inviolabilità della casa ove il vincitore assieme al giudice e a testi poteva entrare (2).

Le antiche norme germaniche di esecuzione portate in Italia subirono non poche modificazioni sotto l'influenza della civiltà latina e della mitezza ecclesiastica. Già Papa Gregorio ordinava che non si condannassero a servire quelli che non potevano pagare (3).

---

(1) BRUNNER, *Abspaltungen der Friedlosigkeit*, nella *Zeitsch. f. Rechtsgescichhte*, XI, 78.

(2) Cap. paderbr., 802, c. 27: *si super bannum in domum suam intrare praesumpserit...*

(3) GREGOR. M., *Epist.*, IV, 45. I vescovi dovevano intervenire per mitigare il rigore delle condanne: così colle *intercessiones episcoporum* raccomandava S. AGOSTINO, *Epist.*, 152, ed. Vives, vol. V, pag. 355. Cfr. SIDON. APOLLIN., *Epist.*, V, 7; VI, 3.

Digitized by Google

Poi Teodorico vietava ogni atto di privato, cioè la *detentio*, la *deductio*, la *custodia* senza ordine di giudice (c. 8), il quale contro il contumace ordinerà la *missio in bona* (c. 145): e vietava al creditore di prender pegni *pro suo arbitrio* (c. 123) o rapire *res sibi non obligatas* (c. 124): il che lascia supporre lo potesse fare per le *res obligatae*. Era questa pratica delle popolazioni romane, e a ciò alludono gli scrittori colle parole: *pignora obligata* (1), espressione che presuppone una convenzione di costituire una garanzia reale con rinunzia dei mezzi ordinari di esecuzione e accettazione di un'esecuzione privata in tutti i beni o in alcuni determinati. È facile supporre che tale pratica in contrasto colle leggi si rinvigorisse nel decadente Impero e fosse tollerata al punto di permettere una esecuzione eccezionale, senza sentenza ma in virtù delle clausole contenute nel titolo, autorizzanti il creditore alla presa di possesso, senza obbligo di ricorrere a giudici, pratica adottata dai Goti, presso i quali le antiche costumanze dell'autogiustizia non erano scomparse dalla memoria. Così dunque il vincitore della lite invece di chiedere l'ausilio dei pubblici ufficiali per l'esecuzione delle sentenze, procedeva da sè coll'aiuto dei parenti, oppure, per far ciò, traeva motivo dall'obbligo assunto dalla controparte di lasciarsi sequestrare i beni in forma privata dallo stesso creditore nel caso di insolvenza.

Il diritto ostrogoto ammetteva l'incarceramento o la consegna del debitore al creditore perchè lo tenesse a servizio (*condicione obnoxium*, c. 79), servizio temporaneo non schiavitù: la libertà non può perdersi (c. 94, 95), e ad essa solo era dato rinunciare per convenzione. Ciò sempre *per auctoritatem iudicis* (c. 13), il quale concedeva pegni nelle sentenze di condanna per debito. Quindi la *custodia* del debitore era funzione di Stato.

3. Secondo il diritto longobardo si aveva una esecuzione contro la persona e sui beni mobili e immobili, al di fuori delle pene corporali e della confisca (2). Quella contro la persona di regola si esercitava nei casi di crimine quando il condannato non poteva pagare la composizione; ma non è escluso che avesse luogo anche

---

(1) PAOL., *Sentent.*, 5, 26, § 4: *Creditor chirografarius si sine iussu praesidis per vim debitoris sui pignora cum non haberet obligata, ceperit*, ecc. Si trova anche nel Cod. Theod., II, 13. Cfr. DAHN, *Koenige*, IV, 91, e HORTEN, *Personalexecution*, II, pag. 136; FERRARI, *Esecuzione forzata*, pag. 26 e segg.

(2) Roth., 57: *aut a publico intromissi fuerint.*

Digitized by Google

per debiti. Colui che nulla possedeva era condannato a perdere la libertà e a servire il suo creditore fino a che non avesse scontato il debito (1). Nei delitti di omicidio, se il reo non poteva pagare il guidrigildo, era consegnato ai parenti del morto (Liutpr. 20), e questi lo potevano vendere (id. 80); e in altri casi era dato *pro servo* (id., 63, 152; Aist., 22): misure vietate dalla legislazione franca (2).

La procedura di esecuzione longobarda era sopratutto reale, cioè sui beni mobili e immobili, messa in atto dalla pubblica autorità; così che ogni opposizione costituiva un reato che importava la perdita della pace, la *missio in bannum regis* e la *confiscatio* (3). Se la sentenza non era accettata, veniva imposta, e come conseguenza la sostanza del renitente era divisa in due parti, una pel creditore secondo le sue spettanze e l'altra al fisco. Tale esecuzione coattiva era costituita dal *pignorare* (Roth., 245, 252) per le cose indicate dalla legge, e dalla *intromissio a publico in omnes res debitoris* (Liutpr., 57), cioè sui beni immobili.

L'esecuzione mobiliare eseguivasi sui servi, animali, ecc., e sempre da parte del giudice. Al debitore era lasciato un termine di 30 o 60 giorni, secondo le distanze, per riscattare le cose pignorate: durante questo termine il creditore correva *quolibet periculum* se il servo o l'animale perivano (4). Dopo i pegni restavano acquisiti al creditore: *post constitutum dierum spatium sit in potestate eius qui pigneravit*; e il debitore *amittat ipsa pignora et non habeat facundiam requirendum* (5), come chi aveva colto un servo nell'atto di rubare, lo teneva *in transacto* e ne disponeva (6), come aveva diritto ai danni e a impadronirsi dell'animale chi lo tro-

---

(1) *Lib. pap.*, Form. ad leg. long. Lothar., c. 1: *cum Martino servo meo qui mihi fuit traditus per crimen aut per debitum.* Vedi un doc. della fine del sec. IX: an. 894, i giudici, dopo che il debitore ha dichiarato di nulla possedere, *per capillis capitis suis comprehendere fecimus et in manum A. se tradidit*; *Cod. cav.*, I, n. 105.

(2) Lib. pap., Expos. Loth., 1.

(3) Roth., 246, 248, 250; Liutpr., 15; Aist., 21.

(4) Liutpr., 108-110.

(5) Liutpr., 108, 110; Lib. pap,, Form. ad Liutpr., 108: *tu misisti negligentiam recolligere primum pignus per 12 noctes. Denarios acciperam sed servum non reddam quia transacti sunt* 60 *aut* 30 *dies.*

(6) an. 796: *tunc fegangas in vestras maneat potestatem faciendi quod volueretis*; FUMAGALLI, pag. 96; *Cod. dipl. Langob.*, n. 69.

Digitized by Google

vava a pascolare nel proprio fondo (1). Invece a Benevento riguardavasi il pignoramento come mezzo per indurre il debitore a pagare; non si spogliava il debitore della proprietà, si permetteva al creditore di disporne solo per suo uso e fino a tre mesi: così che nell'intervallo doveva sollecitare il tribunale a decidere la controversia (2), e, ottenuta sentenza di condanna, solo allora acquistava la proprietà della cosa oltre a un indennizzo per la ingiusta lite che aveva dovuto sostenere (3).

4. In quanto all'esecuzione immobiliare causata dalla contumacia o dal rifiuto a dare *wadia* e fideiussori, e ad obbedire alla sentenza, il procedimento della *missio in bannum* si compiva dopo quattro citazioni rimaste inascoltate (4). Allora il giudice compiva un atto solenne formale sulle terre così colpite consistente nell'*indicere per wiffam*, cioè nel piantarvi sopra un palo o biffa (5); col qual segno si indicavano terre sottoposte a sequestro o a confisca; e il palo non poteva essere tolto se non quando il condannato si sottoponeva, entro un anno e un giorno, a obbedire alla sentenza e a ottenere che la sua persona e i suoi beni fossero messi *foras bannum*: ma decorso quel tempo la confisca era definitiva, e i beni passavano in proprietà del fisco, salvo la parte che spettava al creditore o a chi per qualsiasi ragione aveva invocato l'intervento del tribunale.

Le carte italiane ci dànno per lo più notizie di procedure immobiliari (6) esercitate tanto contro i contumaci quanto contro i disobbedienti alle sentenze (7). Nel primo caso era disposta la

---

(1) Roth., 340, 350.

(2) Liutpr., 108; Lib. pap. *ad h. t.*

(3) Pactio Sicardi cum neapol., 836, c. 8.

(4) Capit. missorum, 802, c. 32, 36, 37, 38, pag. 97; Capit. Pistense, an. 864, c. 6.

(5) Liutpr., 148; Notitia de actoribus, c. 2; Rachis, 14; Capit. mantuan. secundum 813, c. 8. La *wiffatio* non poteva farsi dal privato *ex sua auctoritate, sine publico.*

(6) Non mancano però doc. antichi che si riferiscono a procedure mobiliari. Vedi, per es., la carta del 757 relativa al furto di un cavallo. Il colpevole tradotto al tribunale pose *wadia et fideiussores pro ipso cavallo et in auro sol.* 100 e non avendo da pagare la composizione, i fideiussori *casam meam domum cultilem tradiderunt... cum terris et vineis*; TROYA, n. 757. Altra del 761: *pro compositione cavalli quem rapui fideiussor in loco pignoris tradidit mihi duas massaricias*; id. n. 763.

(7) Esempi di tale procedura colla *intromissio*: an. 821: MURATORI.

Digitized by Google

missio in bannum (1), nel secondo la condanna era assicurata sulle *res*, fossero o no *nominative obligatae* (2). Il vincitore era *a publico intromissus* (Liutpr., 57), *ut nullo modo* (altri in seguito) *contendere poterent* (3). Però colla *intromissio* la sentenza non ancora era attuata in tutti i suoi effetti, perchè se il soccombente non lasciava i beni — *noluit iudicium eorum facere*, il tribunale a richiesta del vincitore ordinava la forzata immissione del possesso, da parte del pubblico funzionario incaricato di *distringere* la causa. La formola era così concepita: *dicit Comes:... Propter hoc sit vobis cognitum quod omnes suas ipse vult proprietates mittere in bannum.* Sul che interrogava gli scabini che assentivano: e allora: *Per istum fustem et istum wantonem mitto omnes res in bannum. Praecipite fieri notitiam* (4). La *missio* consisteva in un divieto che colpiva tanto la proprietà immobiliare quanto i mobili che vi si trovavano, e il debitore si intendeva in tal modo bandito dal suo fondo, nè avrebbe potuto tornarvi o disporne sotto minaccia di pena (5); e l'atto di vendita era nullo (6). Se pagava entro un anno e un giorno, il banno era tolto dal conte colle stesse formalità, *per fustem et wantonem.* Al banno seguiva la confisca, cioè la terra passava al fisco, che si incaricava di soddisfare il creditore (7).

Da ciò vedesi come l'esecuzione della sentenza fosse riservata alla pubblica autorità, e ciò tanto contro il contumace quanto

---

RISS. II, 2, 373; an. 901: UGHELLI, I, 799; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 1768; an. 923: LUPI, *Cod. dipl. bergom.*, II, pag. 127; *Cod. dipl. Langob.*, n. 500; an. 941: MURATORI, I, 933; *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1279.

(1) an. 1059, MURATORI, I, 301: *His auditis G. dux et marchio quaesiuit consilium iudicibus quid de his lamentis et proclamationibus fieri deberet. Tunc iudices respondentes dixerunt: Rectum nobis comparet ut vos pro Dei amore et anima regis et vostra mercede bannum mittatis*; an. 945, id., I; 465. Vedi Lib. pap., Karoli, c. 27; Ludovici Pii, c. 16.

(2) Liutpr., 67; Rachis, 8. Cfr. Roth., 360; Liutpr., 15.

(3) an. 829: *Cod. cav.*, I, n. 67.

(4) an. 844: a Milano il monast. di S. Ambrogio rivendica alcuni beni. Nel processo lo scabino narra come già si questionò *de auctore* e che questi fu trovato, ma si oppose e non volle rilasciare *ipsas casas. Et iam iste Comes qui tunc comitatum habebat in cuius ministerio res ipsas erat mihi comendavit ut eum distrinxissem, sed minime potui*; MURATORI, I, 467.

(5) an. 812: *Regesto di Farfa*, II, *n.* 212; an. 897: MURATORI, I, 497; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, n. 55.

(6) Cap. mantuan., II, 803, c. 5; Olon. 825, c. 5, pag. 197, 350.

(7) Cap. legibus addenda, 818, c. 11; 816, c. 4 e 5, pag. 283, 268.

Digitized by Google

contro il disobbediente. Il giudice doveva *ad casa invitare et quod est de ipsa causa de res suas secundum legem debeat revestire*. Tutte le cause relative alla proprietà immobiliare erano annoverate fra le maggiori, riservate alla competenza del conte. Così se trattavasi decidere sull'appartenenza, i contendenti dovevano andare, secondo la *Lex Alaman*, 87, col conte sul luogo, girare attorno alla terra contesa, prendere una zolla, consegnarla al conte, che dopo di averla avvolta in un drappo e suggellata, l'affidava a un terzo fino al giorno del processo. La zolla era portata in tribunale, e il duello decideva. Questa procedura fu portata in Italia, e se ne trova traccia in un processo del 989 deciso negli Abbruzzi: *Set dum fuerant ambarum partes reconiunctos, unanimiter deprecaberad supradicti iudicibus ut ibidem perageret super eadem terra. Quibus illi esaudientes deprecatio eorum unanimiter cum eis perreraxerad sopra eadem terra cum ali plures* (1). Si chiedeva al conte, secondo la *Lex salica*, di porre la fortuna del debitore nelle mani del creditore. Nel diritto longobardo il debitore doveva essere citato tre volte (Roth., 245, 246), e di tali interpellanze parla una notizia dell'875 diretta a un debitore che la *wadia* data *non dispigneravit* (2). Il condannato per aver posseduto *malo ordine* un fondo altrui veniva *per iudicium expulsus* e il vincitore era rivestito nei modi ordinari, cioè *per fustem* (3). La restituzione dei frutti dipendeva dalla buona o mala fede: in quest'ultimo caso l'espulso perdeva *opera et frugis* (Roth., 354; Liutpr., 90). In caso di debito il giudice poteva pignorare fino ad eguagliare il doppio del valore del debito.

5. Si è nominata la *wifa* e *wifatio*, pratica che durò in Italia fino al sec. XIV: cioè quel segno, palo o pertica con paglia o con tabella detta *pitaccium* per far nota l'esistenza di diritti o pretese di terzi sopra un fondo (ipoteca, sequestro). Questa *wifa* o biffa aveva una *tabella scripta ubi melius videri possit ab omnibus transeuntibus* (4), e lo statuto veneto insegnava anche quale iscrizione doveva porsi: *Ego Berta relicta investivi A. sine proprio*. Parimenti colui il quale vantava diritti sull'immobile altrui, po-

(1) TOSTI, *Storia di Montecassino*, I, 259.

(2) *Cod. dipl. Langob.*, n. 259.

(3) Id., n. 138, 207, 236, 466; an. 820: MURATORI, I, 462; an. 859: *Cod. dipl. cav.*, I, n. 38; an. 955: *Reg. di Farfa*, III, n. 388.

(4) BERTOLDI, *Splendor venetar. consuet.*, pag. 42.

Digitized by Google

teva chiedere al giudice di *palum figere in terra aliena*. Ne parla Liutprando (148); dal che si è opinato che la pratica fosse di origine germanica e portata in Italia dai Longobardi. Ma così non è. Anzi la precedenza deve spettare ai Romani che usavano collocare segni visibili sui fondi per indicare che questi erano gravati di ipoteche o che erano contestati, o semplicemente l'appartenenza. Quest'ultimo caso si verificava per le miniere, nelle quali *tabulae* o *pittacia* si collocavano nei punti di scavo per indicare la presa di possesso da parte dello scopritore. I Romani con tavole sostenute da pali, detti *signa*, indicavano i confini dei fondi (1) e i divieti di ingresso designati nel *pittacium* (2). Poi identico segno adottarono anche le genti germaniche, appena che abbandonarono il comunismo delle terre, *propter defensionem aut iter excludendum vel pascendum vel campum defendendum* (Lex Baiuw., IX, 12).

Le fonti romane parlano di *percludere* (3), corrispondente al vero *biffare*, delle porte per non fare entrare od uscire; ed esso era anche protetto da interdetto. Questo *percludere* per le case si attuava inchiodando sulla porta due legni in forma di croce, *cum signum crucis*. La pratica romana continuò nel medio evo, e ad essa i Germani non aggiunsero di nuovo che il nome del palo chiamato *wiffa*, onde il nome di *wifatio* a questa imposizione di un segno sul fondo altrui o per indicare i diritti di ipoteca, o una procedura giudiziaria o anche extragiudiziaria, o per assicurare gli immobili da ogni invasione o molestia, sotto pubblica protezione: e di quest'ultima misura si valsero le chiese che biffarono così le loro terre immuni: e dalle chiese l'uso passò ai privati, che piantavano questi pali all'ingresso dei loro fondi come fossero ecclesiastici, e così sottrarli al libero pascolo. Il che aveva effetti analoghi al *forestare*, alle *difese*, ai *banni*, che implicavano proibizioni generali d'ingresso.

6. La procedura di esecuzione contro i contumaci non era uniforme presso tutte le stirpi germaniche. Ricordato il concetto penale che esse in origine ebbero della contumacia, si scorge come

---

(1) *Gromatici veteres: Auctor colon.*, ed. LACHMANN, 252; FRONTINUS, id., 13, 33, 47, 48.

(2) AUGUSTINI, *Sermones*, 178, n. 8: *proposuit pittacium publice*. Cfr. l. 5, Cod. XII, 37; l. 11, 13, 16, Cod. Th., VI, 4; l. 29, § 1, id. X, 10.

(3) l. 20, Dig., XLIII, 24.

Digitized by Google

tale concetto subì progressivamente modificazioni per l'influenza romana e come si arrivò a distinguere la contumacia criminale dalla civile e a coordinarvi a ciascuna speciali conseguenze. Nella legge salica in cui a tutti gli atti pei quali è presentata domanda giudiziaria è data impronta criminale, senza far distinzione tra infrazione all'ordine pubblico e offese private, è naturale che ogni contumacia abbia lo stesso carattere criminale, presumendosi nel contumace la colpa e perseguendolo per il disprezzo dimostrato agli ordini cioè alla *bannitio* fattagli di autorità. Il *bannum* era il solo mezzo per procedere contro colui che non compariva e che perciò impediva si giungesse al riconoscimento della domanda, o contro chi si rifiutava di eseguire la sentenza. La *missio in bannum* puniva l'offesa all'autorità e il porre alcuno fuori della legge e della pace importava anche la confisca dei beni. Se però il convenuto aveva dato *wadia* e pegni di comparire e di obbedire e non compariva, non esisteva la contumacia, ma soltanto violazione di un rapporto contrattuale non perseguibile col banno.

In Italia le due contumacie si mantennero distinte, e il bando fu riservato alla criminale (1), mentre la civile fu colpita colla *missio in bona* secondo il diritto romano. Anche nello spirito e nelle parole della legge ostrogota e longobarda alla civile doveva toccare una pena, la *intromissio a publico* dei beni del contumace; ma la pratica romana tosto soprafece i concetti originari germanici e si tradusse nella *investitura salva querela*, che è la riproduzione della romana *missio in bona*, anche quella punizione del contumace, cioè immissione dell'attore nel possesso dei beni litigiosi, trattandosi di azioni reali, salvo al contumace di comparire entro l'anno; coll'assegno all'attore di beni mobili o immobili del convenuto *ad modum debiti* trattandosi di azioni personali (2). Questo progresso del diritto italico sugli altri avvertesi anche nei Capitolari, i quali se promulgati per paesi transalpini minacciano la confisca contro il contumace nelle cause penali e civili (3), mentre il *Capit. italicum* riserva la confisca per la sola contumacia criminale, e ciò pel diverso modo di citazione, nelle penali per *bannitio*, nelle civili per *mannitio*. *Res fuerunt missae in bannum per crimen,*

(1) an. 1041, contro reo de preda et schaho: *per fustem et wantonem misit in bannum omnes res suas;* FICKER, IV, n. 57.

(2) l. 8, § 3 Cod., VII, 43; l. 6, § 4 Cod., I, 12; Nov. LIII, c. 4, § 1.

(3) Capit. leg. Ribuar. add., 803, c. 7; 817, c. 11, pag. 117, 212.

Digitized by Google

spiega il *Lib. pap.* (1). Nelle azioni reali e per debito l'attore otteneva contro il contumace il pignoramento e l'*investitura salva querela*, cioè l'immissione in possesso della cosa contestata; an. 1032: *apprehensa virga dixit: Ego investio salva querela. Et posuit bannum super caput eius ut si quis eum disvestiret* ecc., e nello stesso momento diede l'investitura corporale (2). Il termine per proporre la querela era qualche volta brevissimo (3), come venivano anche accordati salvocondotti (4): ma generalmente fino a un anno il contumace non perdeva il diritto sulla cosa, e presentandosi otteneva il riesame della causa (5).

La distinzione degli effetti della contumacia secondo le varie azioni è ben chiara secondo la scuola pavese: *aliae sunt ut criminales pro quibus res mittuntur in bannum; aliae ut in re pro quibus datur investitura salva quarela* (6). Ma la scuola come per il pignoramento così per la investitura consacrava una pratica inveterata, romana come si è detto, e alla quale alludono le carte del sec. VIII e che viene più di frequente menzionata in quelle del IX (7), tanto pei territori romanici (8), che per quelli sottoposti alla dominazione longobarda (9). E la *missio in possessionem bonorum* dei libri legali anteriori alla scuola di Bologna (10) non era altro che la tradizionale *investitura salva querela* inflitta al contumace per causa civile.

In quanto al procedimento, il convenuto per debito civile do-

---

(1) SAVIOLI, *Ann. bolognesi*, I, 2, 81.

(2) an. 982: *salva querela usque ad* 15 *dies*; GALLETTI, *Chiese di Rieti*, 91.

(3) Capit. ital. Ludov., 16, 17; Expos. ad h. l.

(4) an. 1037: *non habeo auditores*, ecc.; FANTUZZI, II, 72; an. 911: *vere recordati sumus quod iam multis vicibus te reclamare audivimus... non invenissemus ubi eum pignorare potuissemus*; ed ora il giudice investe salva quer.: BOSELLI, *Storie piacentine*, I, 290.

(5) Cartular. longob., 20: *Qualiter sit notitia salvae querelae.*

(6) an. 896, 915, 918, 927: *Cod. dipl. Langob.*, n. 370, 808, 822, 893.

(7) Glossa nel *Lib. pap.*, Ludov. Pii, c. 16: ciò *secundum quosdam: alii mittunt pro omni actione in bannum*, cioè seguivano concetti antiquati.

(8) *Reg. di Farfa*, II, n. 95; an. 813, n. 205; an. 897: MURATORI, I, 497; an. 927 a Pavia: *Cod. dipl. Langob.*, n. 524; an. 935: AFFÒ, *Parma*, I, n. 57; FICKER, IV, n. 23.

(9) an. 967, 983: FANTUZZI, II, n. 12, 63; VESI, I, pag. 293; an. 999, 1011: GALLETTI, *Primicerio*, 24, 28.

(10) *Except. Petri*, in SAVIGNY, III; *Fictae constit.* in BETH.-HOLL., V, 439; *Brachylogus*, IV, de temp. iudic. Cfr. CHIOVENDA, *Condanna nelle spese*, 106; REDENTI, *Processo civile contumaciale*, 1911, pag. 82 e segg.; MENGOZZI, *Ricerche sull'attività della scuola di Pavia*, 1924, pag. 191 e segg.

Digitized by Google

veva citarsi per *mannitio semel et bis et tercia vice* e solo allora che mai erasi presentato e *minime invenerunt* (1) — pur chiamato *preconis vocibus cotidie* (2), il giudice non accoglieva la domanda dell'attore se non nel caso che presentasse qualche prova del suo diritto, una carta (3), o ne provasse con testi il possesso trentennale (4). L'investitura era accordata *donec ille veniat et iustitiam faciat.* Il banno era posto sul contumace; e la terra sulla quale era collocata la *wifa* garantiva il creditore nel senso che nessuno *audeat eum devestire sine legali iudicio* sotto minaccia di pena pecuniaria (5). La stessa procedura di reinvestitura si svolgeva se entro un anno il contumace si presentava e reclamava (Cartul. 22). E infine altra accettazione della pratica romana: non più immissione nell'intiero patrimonio del contumace, ma solo *pro modo debiti,* cioè era data l'investitura della sola cosa controversa e per quanto era l'ammontare del debito.

§ 2. *L'esecuzione privata.*

7. Si è ricordato come anche nell'epoca romana il debitore si sottomettesse a un'esecuzione privata in virtù di speciale convenzione col creditore e come la giurisprudenza dovè cedere alla pratica inveterata di munire gli strumenti con simili clausole. Forse l'esecuzione avveniva senza sentenza, colla esibizione del titolo al competente ufficio, ma non è escluso che per altri patti fosse abilitato il creditore alla presa di possesso materiale senza obbligo di ricorrere all'autorità (6). Nei contratti colla *stipula* già il debitore diceva: *omnia ista dimitto* (7): egli *se et rem suam obligavit* (8). Pareva che da ciò derivasse il diritto del creditore di assumere come servo colui che si sottometteva a entrare nella

(1) an. 897: *Mem. e doc. di Lucca,* IV, 2, app., n. 55.

(2) an. 1060: *Reg. di Farfa,* IV, n. 435; FICKER, IV, n. 67.

(3) an. 1037: MITTARELLI, II, n. 34; an. 1043: FICKER, IV, n. 59; an. 1043: UGHELLI, V, 287.

(4) *Liber pap.,* Expos. ad Lodov. Pii, 16.

(5) Cartul. longob., 21.

(6) BRUNNER, *Zur Rechtsgesch. d. roem. und germ. Urkunde,* 222; HEUSLER, *Inst. d. deut. Rechts,* I, 76; FREUNDT, *Wertpapiere in antiken und frühmittelalt. R.,* II, 1910, pag. 216; FERRARI, o. c., pag. 38.

(7) *Lex rom. utin.,* II. 2.

(8) *Except. Petri,* II, 43.

Digitized by Google

familia di lui come *obnoxius* e così estinguere il debito (1), oppure di mettersi senza altro nel possesso dei beni dei quali il debitore aveva fatto cessione e che deteneva fino al soddisfacimento dei suoi obblighi. L'Ed. di Teodorico (123) indica come la pratica del pignoramento privato fosse in vigore, ma la vietò, come vietò ogni violenza privata punendo come disponeva la *lex Iulia de vi privata* (2). *Capiendorum pro suo arbitrio unicuique licentiam denegamus: ita ut si probabile fuerit* (cioè allorquando sia permesso ricorrere a questo estremo mezzo del pignoramento) *hoc agendi iudicis praestet auctoritas*, e stabilì che quelli che erano *de debito in iudicio convicti vel condemnati* dovessero entro due mesi pagare, e in caso contrario fossero loro presi pegni *per auctoritatem iudicis* (3).

Non altrimenti altre leggi germaniche, le quali commettono al giudice la punizione del contumace, del debitore insolvente, del renitente a pagare le multe (4): è il *iudex fiscalis* il quale *ad domum illius accedere debet et legitimam strudem auferre* (Ripuar., XXXII, 2), cioè prender pegni; nè li poteva prendere se un procedimento regolare non era iniziato o se il pignorando offriva mallevadori (Salic., LII, LIII). Tuttavia non era stata soppressa la facoltà del privato di *pignorare per iussionem iudicis* (Baiuw., XII; Burg., XIX), cioè il creditore autorizzato dal giudice poteva essere l'esecutore della sentenza stessa. Il diritto longobardo pose in prima linea l'intervento giudiziario, cioè volle che ogni pignoramento avvenisse per ordine del giudice; questi doveva anche eseguirlo, ma in via sussidiaria poteva affidarne l'esecuzione all'interessato. Preceda sempre la citazione ripetuta anche per tre volte; vi sia la contestazione della lite: non osservando queste prescrizioni le pene erano severissime (5). E così come la *wiffatio*

---

(1) MURATORI, I, 837; SAVIOLI, I, App. n. 23; FANTUZZI, II, 138; V, 269.

(2) Edict. Theodorici, 8, 9, 16, 21, 34, 76, 77, 109, 125, 126, 192; CASSIODOR., *Variar.*, III, 20; IV, 39; VIII, 27.

(3) Edict. Theodor., 123, 131. In CASSIOD., IV, 10 si allude a casi in cui il pegno possa senz'altro passare in proprietà del creditore: ma il riferimento è a cose obbligate nel senso di quanto è detto a pag. 367.

(4) Lex Baiuw., XII, 2: *Si forte est aliquis tam durus vel inobediens aut contumax.. qui non vult iustitiam facere.. distringatur a iudice*; Lex salica em., LIX.

(5) Roth., 245, *De pignoribus et devitas: Si quis debitorem habit, appellet eum semel, bes et usque tertio et si devitum non reddierit aut non composuerit, hunc deveat eum pignerare in his rebus qui pegnerare licitum est;*

Digitized by Google

non poteva farsi dal privato *ex sua auctoritate sine publico* (Luitpr., 150), così pel pignoramento-extragiudiziario, quale succedaneo dell'autogiustizia, richiedevansi presupposti formali e materiali, ed entro tali limiti, per cui chi li sorpassava era trattato come ladro. Tali norme riguardavano tanto il pignoramento per debiti che per danni.

L'impadronirsi di pegni *sine iussione regis* era punito come gravissima violazione della pace (Roth., 250): e nell'elenco delle cose che si possono pignorare, la legge ricorda che occorre una *iussio regis* per i cavalli domati, i buoi aggiogati, i gregi di porci; il creditore *vadat ad sculdahis et intimet causam suam... tunc sculdahis tollat bobes aut caballos et ponat eos post creditorem dum usque ei iustitiam faciat* (Roth., 251): prescrizioni queste confermate da Liutpr., 41: *Si quis alium ante constitutum pigneraverit...* (1). La gravità delle pene indica l'intendimento deciso di sopprimere consuetudini contrarie ancora esistenti e di creare un diritto nuovo (2); il che non fu facile pei paesi oltre le Alpi, ove ancora al sec. XIII dovevasi punire come predone colui che *aliquem sine auctoritate iudicis pignorare praesumat* (3).

8. Però mentre si mirava a reprimere questi avanzi dell'autogiustizia, si autorizzavano quei pignoramenti privati che originavano da convenzioni, quando cioè fra le parti si era prestabilito il diritto del creditore di sequestrare in caso di mancato pagamento. Le leggi longobarde riconoscevano tal diritto contro colui che *wadia dederit et fideiussore posuerit presentia duorum vel trium testium*, qualora non adempisse gli obblighi assunti: che se al contrario il debito non fu assunto senza queste formalità, il pignoramento era vietato e chi osasse farlo *duplum pignus restituat.*

264: *Si quis ante contestationem pigneraberit. Si quis alium pro quolibet devitum aut causam pignerare presumserit, antequam tertium eum pulsaverit, pignus quod ante contestationem tulerit, sibi nonum reformet in potestatem domini.*

(1) E ancora da Liutpr., 40, dove grave pena è inflitta al debitore che, data wadia e posto fideiussore il quale prende pegni per consegnarli al creditore, *per virtutem tulerit*. Cfr. L. Burg., XIX, 5, 6. In quali casi ciò sia permesso (confr. Liutpr., 15).

(2) Come è detto dalla L. Wisig., V, 6, 1: *Pignorandi licentiam in omnibus submovemus*; e dal Capit. de partibus Saxon., 785, c. 25: *nullatenus alterum aliquis pignorare praesumat. Et qui hoc fecerit bannum nostrum solvat.*

(3) Federici II imp. Const. pacis, an. 1235, c. 10; Rudolph. I Constit. pacis, an. 1281, c. 59. E ancora ripetute nel 1351, 1398, 1442.

Digitized by Google

Se fra le parti contraenti nasceva questione, questa andava decisa dopo di avere ascoltato le deposizioni dei testi intervenuti al contratto. Colla *wadia* il debitore aveva assunto l'obbligo di soddisfare sopra tutti i suoi beni e di sottoporsi all'evenienza ad un procedimento esecutivo diverso dall'ordinario; cosicchè il pignoramento privato veniva dal legislatore limitato a quei casi in cui fosse accettato dal debitore al momento della formazione del contratto per mezzo della *wadia* e alla presenza di testimoni, i quali rendevano superfluo il giuramento. Era questa una condizione nuova che l'Editto non conosceva; e Liutprando ordinando che chi pignorava il proprio debitore senza quelle condizioni, incorresse in una pena, veniva a restringere l'esecuzione privata, lasciando così il primo posto alla pubblica (1).

La pratica di questi pignoramenti convenzionali ci è attestata da molti documenti italiani; an. 789: un chierico promette di dimorare sul fondo avuto in precario *et vos nos propter legem et iustitiam faciendo distringere et oppignorare debeatis come et aliis hominibus vestris* (2); an. 869: dei livellari si obbligano pagare il censo *et si noluerimus per potestatem nobis pignorare debeatis sine publica auctoritate* (3); an. 855: carta di enfiteusi: *de nominatis rebus stare debeamus ad recta iustitia facienda et si noluerimus per potestatem nobis pignorare debeatis... sine publica auctoritate* (4); an. 880: *cum in placito venisset reclamandum M. quod pars monasterii eum pignoratum haberet* (5); an. 874, il vescovo di Como pignora uomini in virtù del seguente patto: *et ibi eos per conditionem passebat et si non faciebant potestative eos pignorabat* (6): patti tutti permessi o perchè erasi prestata la *wadia* e posti i fideiussori, o perchè si era così convenuto con rinunzia alle restrinzioni imposte dal diritto vigente. In tali casi il creditore pignorava oggetti del debitore, obbligandolo a riscattarli entro un dato termine, pagando il suo debito (7). Inquanto alla *wadia*, è noto il

(1) Su ciò v. FERRARI, *Esecuz. forzata*, 70-140.

(2) *Mem. e doc. di Lucca*, V, 2, n. 601, 602, 606, 683, 694, 706, 738.

(3) MURATORI, I, 722.

(4) TIRABOSCHI, *Mod.*, I, n. 26, pag. 35.

(5) MURATORI, I, 350.

(6) FUMAGALLI, *Codice diplom. santambros.*, n. 41: *sine adisione iudici comprehindere pegneras... sine messo iudici introire in camporas*; *Hist. p. Mon.*, XII, 129.

(7) Liutpr., 108, 109; Roth., 346. Questa forma di esecuzione conven-

Digitized by Google

suo effetto di sottoporre a esecuzione i beni mobili e immobili del debitore; cosicchè nei contratti stipulati con quella formalità o alla presenza di testi, superflua era l'aggiunta della clausola del pignoramento *sine publica auctoritate*; ma per maggior precauzione vi si aggiungeva *et licentiam abeatis vos novis pignorare bovi, cavalli, serbi, ancille sive alia pignora nostra quale a vobis iungere potueritis et teneatis eas sicut de fideiussore nostro* (1). Il creditore era così in possesso del titolo esecutivo da cui scaturiva una esecuzione extragiudiziale, senza legali interpellazioni. Si aveva quindi accanto al legale un pignoramento convenzionale privato, da esercitarsi però esclusivamente sul debitore che l'aveva concesso, non sui parenti altrimenti tenuti per la solidarietà famigliare. Che se in questo avesse esorbitato, doveva il pignorante abbandonare il pegno, appena avvertito dell'errore, senza attendere giudizio o purgarsi di non aver agito dolosamente, per liberarsi così della pena di furto (2).

Tale pignoramento fu nel sec. VIII e IX consuetudine dei grandi monasteri, aggiunta nei patti di livello per garentirsi del pagamento dei canoni; così infatti dicesi di esso: *potestatem habeat parte mon. meae pignorandum sicut unus ex aliis massarii* (3) — *stetit inter nobis ut si ego petitor aut meos eredes haec non adimplierimus licentiam habeat boves et alias pigneras nostras causas comprehindere* (4) — *sine kalumnia vel publica auctoritate vada o stet non vada... eciam sua persona comprehindendum et in presencia abati vel publici adducendum* (5): e ciò violando anche l'immunità della *curtis* (6). O anche questa *licentia pignerare per bobes* ve-

zionale era stata da me studiata fino dal 1884 nelle *Giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, I, pag. 165-171. Cfr. FERRARI, o. c., pag. 90.

(1) *Mem. di Lucca*, V, 2, n. 428. Si noti la seguente rinunzia del debitore a essere pignorato dietro sentenza del giudice e per mezzo della pubblica autorità; Carta milanese del 796: *et si minime persolveremus, tunc potestatem habeat creditor sine adesiones iudici comprehindere pegneras meas boves cavallos domitus et indomitus lecitas vel illecitas. Et si pegneras intra curtes nostras de dublo non invenerete potestatem haveates sine messo iudici introire in camporas. Et si per 30 dies liverare neglexemus de quo detenuaeretes, tunc feganges in vestram maneat potestatem*; FUMAGALLI, pag. 96, n. 23.

(2) Roth., 247: *nulli liceat alium pro alio pignerare*, eccetto l'erede.

(3) an. 847: FUMAGALLI, n. 47.

(4) an. 897, id., n. 135.

(5) an. 796: id., n. 23: *sine messo iudici introire in camporas.*

(6) an. 918: *H. p. Mon.*, III, *Chartar.*, 883.

Digitized by Google

niva riconosciuta al creditore dal *mediator*, cioè da colui che aveva dato fideiussione, sopra i propri beni (1), o era lo stesso debitore che si poneva *mediator* (2).

Abbiamo anche prove del modo come eran eseguiti tali pignoramenti da privata autorità: è contestata la validità del seguente patto: *et ibi eos per conditionem passebat et si non faciebant potestative eos pignerabat.* Il vescovo aveva pignorato quei liberi dipendenti e il tribunale gli dà ragione (3). Si è visto come si parla anche di pignoramento di persona. Ora nei territori romanici nei quali l'autorità dello Stato fu più debole, cioè nell'Italia meridionale, i privati esercitarono potestà non tollerate nelle altre parti d'Italia, e si potranno addurre esempi di carcere privato

Resta intanto accertata questa particolarità italica del pignoramento senza ordine di giudice, residuo di autogiustizia, da parte specialmente dei monasteri e che si può collegare al diritto riconosciuto al padrone di pignorare il peculio del servo o di colui che riteneva tale (Roth., 285). Se i livellari conservavano la libertà, entravano però in tal rapporto di dipendenza verso il concedente da eguagliarli coi servi nel riconoscimento di una giustizia padronale (4). Era un rapporto privato, una rinunzia a un privilegio processuale che la legge sanciva pel libero.

I monasteri e le chiese erano solite così cautelarsi contro i loro censuari per l'adempimento dei patti, e mantenevano il pignoramento fino alla estinzione del debito. In certi luoghi questo patto era divenuto come il diritto comune di quei dipendenti, una consuetudine, una clausola di rito nelle carte di livelli. È facile vedere la differenza di questa procedura con quella delle altre leggi germaniche, le quali pur iniziando la procedura quasi immediatamente

---

(1) BELTRAMI, *Docum. long. e greci per la storia dell'Italia meridionale nel m. e.*, an. 915. In una carta di Ravenna (an. 1005), FANTUZZI, V, 269, dicesi che è posto un *executor* forse coll'incarico di esigere i pegni se il debitore non pagherà.

(2) an. 1036, 1072, ecc.: *mediatorem me ipsum tribui et licentiam sine compellatione me et mei heredes pignerare*; BELTRAMI, II, 17, 19, 20, 28, 33: *tribuimus vobis licentiam sine compellere nos nostrosque heredes pignora per omnia nostra prindere*; *Mon. R. Arch. neapol.*, VI, 107.

(3) MURATORI, I, 359; *M. H. P. Chart.* I, n. 37.

(4) an. 880: *cum in placito publico venisset reclamandum M. quod pars monasterii eum pignoratum haberet et paratus esset suam libertatem per testes probandum*: MURATORI, I, 359.

Digitized by Google

coll'esecuzione privata volevano il quasi contemporaneo intervento del giudice. Il primo atto del processo salico, in azione *ex contractu*, era il *testare*, cioè l'invito rivolto al debitore, presenti tre testi, di pagare, restituire, ecc. Dichiarandosi pronto a rispettare i suoi impegni, determinavasi dai testi il valore delle cose offerte in pagamento e tutto finiva: ma in caso di rifiuto, il creditore doveva rivolgersi al magistrato che emetteva la *bannitio*, cioè l'ordine di comparire in tribunale, ordine che il creditore con tre testi gli comunicava. Nell'intervallo il magistrato poneva sequestro generale sui beni del debitore che non poteva più disporne, sequestro fatto dal creditore stesso. Dopo alcune dilazioni, la causa era discussa, e seguendo condanna, al creditore era assegnato il possesso definitivo: risultando invece la sua innocenza, il creditore era punito.

9. Il diritto franco introdotto in Italia non modificò la *consuetudo pignorandi* longobarda, che anzi un Capit. del 782 riconobbe (c. 6, *ut et in antea in eo modo sit pro ipsas iustitias faciendas*) e in altro dell'825 era riconosciuto al *causator* un diritto di pegno. In modo meno equivoco si esprimeva il Pactum fra Lotario e i Veneziani dell'840, ove era confermato il diritto di pignoramento privato, solo vietandolo a danno delle donne e sopra greggi di cavalli e di porci e contro le cose delle chiese; *excepto si cum sacerdotibus causas habuerim et antea compellatio fiat semel aut bis* (1).

Tutto ciò contraddiceva al diritto dei Franchi, e perciò tali deviazioni erano mal tollerate, e lo confessa lo stesso Patto a proposito dei *fugitivi* contro i quali è ammesso il pignoramento *post primam et secundam contestationem per iussionem iudicis*. Ciò non ostante la resistenza della consuetudine superò ogni disposizione contraria, e al pignoramento privato non chiusero le porte i dottori pavesi che l'accolsero limitatamente ai crediti liquidi (2), ammisero la convenzione che il creditore avesse *licentiam vindicare* i beni del debitore quando questi li avesse obbligati *nominative* (3). Anche al sec. XII la clausola del pignoramento privato era per lo più inserita negli strumenti notarili: *quod si non fecero liceat tibi et tua auctoritate et meo iussu et sine consulum de-*

(1) Boretius, II, 133.
(2) Ariprandi et Alberti, ed. Anschütz, pag. 117.
(3) *Lib. pap.*, ad Liutpr., 62.

Digitized by Google

creto (a Genova) *intrare in bonis meis in solutum pro sorte et pena et facere quidquid volueris sine mea contradictione meorumque heredum et omnium personarum pro me* (1).

§ 3. *La difesa giudiziaria della proprietà e del possesso.*

10. Conseguenza principale ed immediata della proprietà è la ripetizione del possesso perduto, cioè la rivendicazione. Molto si è discusso sul carattere di questa, secondo il diritto delle popolazioni germaniche: se era accordata contro ogni possessore per le cose di cui si sarebbe perduto involontariamente il possesso: se era accordata contro quelli che le avrebbero ricevute in deposito o per altro titolo. Si può ritenere che la rivendicazione germanica è stata l'azione competente al proprietario non possessore contro il possessore, e mai è stata un'azione duplice dove le parti si disputassero la proprietà. Tuttavia il possessore, se pretendeva di essere proprietario e anche se giurava di avere acquistata la cosa e presentava il suo autore, compiva formalità analoghe a quelle del rivendicante e a quelle proprie dell'antica *rei vindicatio* romana (2). La rivendicazione germanica non era basata sul possesso ma sulla proprietà. Non bastava assumere in astratto il fatto della proprietà, come facevano i Romani colle parole: *hanc rem meam esse aio*, ma occorreva allegare il fatto del possesso perduto, le circostanze che avevano privato il proprietario del possesso. In origine vi era una sola rivendicazione, quella esercitata contro il possessore, ladro o acquirente di buona fede, passibile o no di pena. L'azione per un'ammenda e la rivendicazione potevano essere unite, quando vi era accusa di furto, o restavano separate quando il rivendicante non formulava accuse contro il possessore, tanto nel caso di furto che di perdita della cosa, o si esercitavano contro persone diverse, quando una persona diversa dal possessore era riconosciuta averla rubata. In ogni caso erano sempre azioni private.

Il rivendicante era tenuto a provare il suo diritto per le ragioni che già si sono dette a proposito delle prove, dimostrando

(1) Dal 1155 al 1160 nei doc. genovesi la clausola è normale; *Mon. h. patr. Chartarum*, II, 285-611; FERRARI, o. c.

(2) Cfr. Lex ripuar., XXXIII, 3: *ambo coniurare debent cum dextera... alius iuret quod ad eam manum trahat qui ipsam rem debet.*

Digitized by Google

come sia infondato che nel diritto germanico l'onere della prova fosse a carico del convenuto. La *lex salica* menziona un giuramento con congiuratori imposto all'attore (tit. 96): e così la *lex rip.* [1]; non giurando, il convenuto non era obbligato di difendersi, di presentare l'autore: e anche se diceva di esserne il proprietario per acquisto originario, il rivendicante doveva parimenti giurare, perchè poi il convenuto fosse obbligato di presentare prove del suo acquisto. Egualmente il rivendicante doveva iniziare un giudizio, portarvi la cosa o con parole solenni dichiarare che gli era stata rubata e che egli ne era il proprietario. L'avversario se sosteneva il suo diritto di proprietario o se voleva chiamare il suo autore in garanzia, doveva compiere atti analoghi. Per rivendicare una cosa mobile era dunque necessario portarla in tribunale, al quale effetto bisognava trionfare delle denegazioni e resistenze del detentore. Ciò dava un'importanza speciale alla ricerca della cosa e alle visite domiciliari, che servivano a constatare il possesso di colui che la nascondeva o si rifiutava di restituirla. Secondo l'uso si compiva la ricerca e le visite domiciliari nonchè l'apprensione giudiziaria in modo solenne e in presenza di testimoni. Atti inutili quando l'avversario dichiarava che la cosa era sua e dichiarava di presentarla al giudice nel giorno stabilito.

11. Nello stato sociale in cui si formò il diritto germanico vi era una relazione speciale fra rivendicazione e furto, il furto comprendendo la sottrazione clandestina, per violenza e qualunque contestazione nascente da deposito, pegno, comodato, o perdita di cosa di cui altri si è impadronito. In tutti questi casi il proprietario doveva scoprire l'attuale possessore e poichè mancavano organi di polizia giudiziaria o erano rudimentali, così egli era investito della facoltà di entrare nelle case: e il procedimento è consacrato nella seguente

---

[1] XXXIII, 1: *Si quis rem suam cognoverit mittat manum super eam. Et si ille super quem intertiatur, tertiam manum quaerat, tunc in praesente ambo coniurare debent...* — Oltre le opere di SOHM, *Prozess d. lex salica*, di HERMANN, LONDON, THONISSEN, DEL VECCHIO, vedi: RAUCH, *Spurfolge und anefang in ihren Wechselbeziehung*, 1908; WAHLE, *Die Wadiation in Spurfolgeverfahren, Mittheil. d. Instituts f. oesterr. Geschichte*, 1912; SCHULTZE, *Die Bedeutung des Zuges auf den Gewahren in Anefangsverfahren, Festschrift für O. Gierke*, 1911; GOLDMANN, *Tertia manus und Intertiatio in Spurfolge und Anefangsverfahren* in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, XXXIX, 1918, pag. 145; KRAMER, *Die ursprungliche Gestalt und Bedeutung de filtorto und de vestigio minando des salischen Gesetzes*, id., XXXVI, 1915, pag. 336-440.

Digitized by Google

glossa all'Editto di Rotari: *Cum homo vult interciare caballum vendicat cum misso comitis et cum tribus hominibus liberis per usum tractum a lege salica* (1). Così dunque il privato coll'assistenza del conte e di tre uomini liberi (2) doveva porsi alla ricerca della cosa rubatagli, seguendo le traccie se trattavasi di animali. In questa ricerca consisteva la *investigatio*, il *vestigium minare* o *vestigium sequi* delle fonti. Le quali stabiliscono che ove il derubato giungesse ad una casa, ove sospettava trovarsi l'oggetto involatogli, avesse facoltà di entrare, esigere che gli fossero aperte tutte le porte e fare una perquisizione domiciliare. Era una procedura già usata dai Romani antichi. La legge longobarda contiene una disposizione su questa perquisizione in favore di colui che fu derubato di un'aldia; nessuno può opporsi alla ricerca: *et cuius curtis fuerit, antesterit et non permiserit vindicare aut foris extrahere componat sol.* 400, di cui la metà al re e metà al padrone dell'aldia (Roth., 208). Il proprietario però non poteva penetrare in casa altrui con violenza e facendo ciò era punito. Se però trovava la cosa, poteva afferrarla, ponendovi solennemente la mano sopra: e questo *mittere manum super eam* costituiva il primo atto di quella procedura con cui nelle leggi germaniche si iniziava ogni rivendica mobiliare, la *intertiatio*, col qual nome si chiamava nel diritto franco la rivendicazione contro ogni terzo, accordata ove una cosa mobile fosse uscita dal possesso di taluno contro o senza la sua volontà (3). Per mezzo di essa il rivendicante constatava, in fatto, il possesso del convenuto che in mala fede teneva o nascondeva una cosa, e l'incitava a restituirla, sotto la minaccia di essere tenuto per ladro se non restituiva o non presentavasi in giudizio.

Per l'*intertiatio* era necessario: 1° che la cosa fosse dell'interziante e che l'avesse perduta a sua insaputa: *ille qui caballum intertiat, debet iurare quod ipse caballus proprius suus est, nec eum vendidit... sed furtive ei abstractus fuerit* (4): così doveva prestare giuramento con congiuratori; 2° che l'oggetto da rivendicarsi fosse

(1) *Liber pap.*, ad Roth., 232.

(2) Diverso era il rito dei Franchi, Goti, ecc.: BRUNNER, *RG.* II, 502.

(3) Il significato della parola è molto disputato: per alcuni significherebbe *iurare sibi tertius*; per altri il sequestro nelle mani di un terzo, il divieto al possessore di alienare la cosa prima del giudizio: altri preferiscono riconoscere in essa l'obbligo di presentare il proprio autore o di perseguitare la cosa di autore in autore o meglio la rivendicazione contro ogni terzo.

(4) Roth., 231, 232; *Lib. pap. ad h. l.*

Digitized by Google

quello che l'attore ricercava: *dominus proprius eum cognoverit* (Roth., 242; Liutpr., 79).

Il rivendicante ponevasi alla ricerca della cosa e del ladro; istruzione preparatoria, *investigatio* da parte del *sequens dominus* accompagnato dai parenti e vicini, che seguiva le traccie della cosa rubata e poteva entrare nella casa sospettata: e chi vi si opponeva era punito (Roth., 208, 209). Trovata la cosa e proclamata che era sua, mettendovi sopra la mano, la decisione spettava all'autorità giudiziaria. Qui il reo giurava la sua buona fede o dava *wadia de auctore*, o affermava che gli apparteneva legittimamente avendola acquistata *cum precio suo: Tunc post praestitum sacramentum reddat caballum et sit sibi contemtus* (Roth., 232). L'esempio è del cavallo, ma si intende *de ceteris rebus* (Lib. pap. ad h. l.). Così evitava la pena di furto, e il rivendicante riacquistava la cosa colla semplice asserzione di averla involontariamente perduta, senza dovere addurre prove che ne fosse il proprietario. Ma se altri dimostrava che il rivendicante non aveva sulla cosa diritto di proprietario, in pena della sua mala fede per essersi appropriato indebitamente dell'oggetto altrui, doveva pagare per nove volte il cavallo interziato (*sibi nonus reddatur*): questa era la pena contro ladro, quindi vero talione giudiziario cui si esponeva chi usava di un atto di coercizione non avendo diritto a farlo.

Questa procedura mobiliare o *intertiatio*, diretta a cercare la cosa e in un tempo il ladro, a ottenere la restituzione e una composizione, quindi azione mista *ex delicto*, se in origine fu tutta privata, introdotta in Italia fu sempre giudiziale, con processo contraddittorio: cioè il convenuto poteva difendersi asserendo di avere egli stesso portato via la cosa ai ladri e provando di avere agito secondo le regole del diritto, cioè di avere posseduto la cosa pubblicamente e non di nascosto. Tale obbiezione non aveva per effetto la ripulsa dell'attore, poichè anzi questi riprendeva l'oggetto che gli apparteneva; ma il convenuto non solo si liberava dalla pena del furto, ma poteva anche in certi casi esigere il rifacimento delle spese eventualmente sostenute. Tali principii valevano anche se il convenuto rispondeva o provava essergli l'oggetto pervenuto casualmente, portato sulle acque, o averlo trovato. Anche in tutti questi casi egli era trattato come ladro se appariva aver posseduto di nascosto [1].

---

[1] Roth., 260: *Si quis aurum aut vestis seu qualibet rem in via invenerit*

Digitized by Google

Un'altra risposta analoga del convenuto era di aver preso la cosa per errore credendola propria: in tal caso doveva giurare la sua buona fede per essere *absolutus a calumnia vel culpa furti*, e restituiva la cosa (1). Il convenuto poteva addurre prove contro l'accusa di illegittimo possesso e contro la domanda di restituzione della cosa mobile, provando che questa era stata ceduta, donata o venduta ad un terzo, oppure obbiettando di avere un titolo originario di acquisto, come di avere allevato l'animale *quod suus erat et de suo iumento natus*, confermando ciò con testimoni, *cum sacramentalibus* (2).

O infine poteva provare la sua proprietà allegando un titolo originario di acquisto, che l'aveva trovata nell'eredità paterna che il padre l'aveva acquistata in modo regolare, dichiarando di averla comprata: in tal caso doveva presentare il suo autore, e mettergli in mano la cosa chiamandolo in garanzia.

Quest'ultimo era il caso più frequente, e di esso occupansi particolarmente le fonti.

Siccome chi acquistava da sconosciuto cose mobili era esposto al pericolo di passare per ladro, Liutprando (79) volle che ad ogni contratto presenziassero persone oneste, *duos aut tres homines*: così che chi non poteva presentare l'autore, potesse giurare o invocare la testimonianza di quelli che avevano assistito alla vendita, escludendo essi che l'oggetto fosse pervenuto per furto. E quindi mentre prima per fuggire alla pena del furto doveva restituire la cosa, ora dopo la legge di Liutprando incorreva nella pena del furto solo quando *si hominis non habuerit in quorum praesentia comparaverit*. Principio questo che restò nella legislazione italiana, che le vendite dovessero farsi pubblicamente, al mercato, alla presenza di buoni uomini, che le cose da vendersi dovessero stare esposte nel luogo del mercato (3).

---

et super genuculum levaverit et non manifestaverit, aut ad iudicem non adduxerit, sibi nonum reddat. — Roth., 342: *Reddat eum in actogild, quia postquam cognovit quod suus non fuit, mox debuit proprio domino innotescere.*

(1) Roth., 342: *Si quis cavallum alienum aut quodlibet peculium credens suum praeserit et dominus proprius eum cognoverit, calumniaque generare voluerit; ita decernimus ut prebeat sacramentum ille qui eum tenuit, quia non asto animo nec aliqua causa faciente eum praesisset, sed credidit suus fuisset: sit absolutus a culpa furti et reddat caballum proprio domino inlesum.* Cfr. Roth. 348.

(2) *Liber pap.*, Form. ad Roth., 232.

(3) Pactum Sicardi, 836, c. 5; Leg. langob., Karoli M., 16: *quisque*

Digitized by Google

12. Anche a difesa del diritto di proprietà sugli immobili si esercitava la rivendicazione contro chiunque ne avesse il possesso: la stessa azione valeva contro chi *possideat malo ordine rem mobilem aut immobilem* (Roth., 228): la stessa espressione *interciatio* (o *anefang*) restò fino al sec. XIV nei paesi estranei all'influenza romana per indicare il procedimento di rivendicazione immobiliare (1). Come si è detto (pag. 309) tutte le azioni procedevano dal presupposto che fosse stato commesso un fatto delittuoso, nascevano *ex delicto*, avevano carattere penale. Invece di affermare un diritto, come facevano i Romani, si parlava di *invasio* e di *usurpatio*; l'attore formulava la sua domanda: *malo ordine detines*; e giurava che diceva il vero. Al che l'interpellato poteva rispondere: *Nescio quid dicis*; oppure: *de ipsa causa minime denegare possum*; o anche: *non invasi contra legem — verum est quod ipsas res detineo sed non iniuste — comparavi — ipsa terra mea est per successionem de parte patris mei* — l'ho posseduta per 40 anni — *per testamentum teneo — ecce cartula emcionis*, ecc. (2); cosicchè mentre l'attore proclamava soltanto il *torto* dell'imputato e una violazione di un diritto (3), anche nella seguente formulazione: *volo sapere si tibi pertinet per cartulam aut per hereditatem aut per quodlibet scripti monumentum* (4), l'interrogato, se resisteva, si rimetteva a un titolo giuridico, reclamando il beneficio della prova o presentando l'autore, perchè contro questo proseguisse il giudizio (5).

---

aliquid comparare voluerit in publico coram idoneis testibus hoc faciat. Cap. 809, c. 26, pag. 150: *de traditionibus, in abscondito non fiant.* — SALVIOLI, *La pubblicità nella vendita secondo gli antichi diritti*, nella *Rivista ital. d. scienze giuridiche*, XVIII, 1895.

(1) Si allude alla Germania: così BRUNNER, II, 513; ID., *Zeitschr. f. Rgesch.*, IV, 236. L'identità della procedura fu propria dell'antico diritto germanico; HEUSLER, *Instit. d. deut. R.*, I, 385-394; BEHREND, *Anefang und Erbengewere*, 7-14; HERMANN, *Grundelem.*, 96.

(2) Lib. pap., ad Liutpr., 126; an. 776: *Reg. di Farfa*, n. 97, 103; an. 751: TROYA, n. 641, 661.

(3) an. 981: *Reg. di Farfa*, n. 397.

(4) Nelle form. ad Roth., 227, 228, e Grim. 4, l'attore allega il suo diritto: *res mea propria est.* Ma queste formole sono opera della scuola pavese e sono dettate sotto l'influenza del giure romano. Nei doc. l'attore piatisce per occupazione *contra legem*; an. 820, 821: MURATORI, I, 461, 503; an. 847: id. I, 527; an. 821: *Reg. di Farfa*, n. 247, 251.

(5) Lib. pap., ad Roth., 231: *si actio in rem fuerit et possidens auctorem habuerit, non exercetur ea actio contra tenentem sed pocius contra auctorem.*

Digitized by Google

Secondo alcune leggi germaniche il processo si svolgeva con grandi formalità. I litiganti col giudice si recavano sul fondo, prendevano una zolla, che suggellata in un drappo veniva portata in tribunale e davanti ad essa si battevano a duello (1). Furono anche queste le pratiche osservate nei territori longobardi? Se ne può dubitare, o almeno le parti col giudice recavansi sul fondo solo quando era controversia intorno ai confini (2). La causa aggiornata si disputava nel placito. Il possesso dava il vantaggio di provare e la decisione era a favore del possessore che provava il suo diritto con documenti, col maggior numero di testi o di congiuratori: alle quali prove l'attore poteva contrapporre altri titoli e sfidare a duello. Così stabilivano le antiche leggi; così confermò Ottone I: in contesa di fondi, quando l'una e l'altra parte *scriptionibus praedium sibi vendicare voluerit si ipse qui cartam falsam appellaverit, per pugnam declarare voluerit*, così si faccia (c. 1). La carta è falsa, dice la formola: *Vis ei ardire? Volo. Vadiate pugnam* (3). Come è chiaro, il processo iniziato nel possessorio finiva con una decisione sul petitorio, colla *refutatio* del perdente e colla *immissio per baculum et fustem* del vincitore da parte del giudice.

13. Quanto di questo procedimento sia pei mobili che per gli immobili fosse ancora in uso prima del risorgimento del diritto romano non è dato stabilire: probabilmente molto del formalismo antico fu abbandonato. Poi cresciuti i poteri pubblici, a questi fu deferito quel *vestigium sequi* che prima era proprio del privato. Al sec. XI l'*actio ad exhibendum* aveva sostituito l'antica perquisizione domiciliare (4), e già si diceva che anche in caso di azioni immobiliari l'onere della prova spettasse all'attore (5). E poichè prese maggior posto la prova scritta, così meno fu richiesta la presentazione dell'autore, della quale la scuola di Pavia accen-

---

(1) Lex Alaman., LXXXI; Baiuw., app. 4.

(2) an. 936, 967: *Cod. cavens.*, n. 161, 253.

(3) an. 1010: il duello decide *de investitura praedii*: MURATORI, III, 643. Se il convenuto nega: *hoc veritas non est*, allora il giudice deferisce la prova all'attore. Nel rifiuto di questo, la controparte è invitata a giurare; an. 902: *Mem. e doc. di Lucca*, V, 3, n. 1058.

(4) Lib. pap., ad Roth., 229: *et tu eam sibi contendis facta prius actione ad exhibendum.*

(5) Id., ad Liutpr., 90: *appellatus terram alienam malo ordine possidere neque rom. neque lang. lege cogitur suam esse probare.*

Digitized by Google

nava come a cosa caduta in dissuetudine, concludendosi *debet esse ut legitur in lege romana*. Vi era un altro *mos* giudiziario, quello della legge romana, e *usus qui contra hanc legem est, non teneri debet* (ad Roth., 232).

§ 4. *La «laudatio auctoris»*.

14. L'obbligo del convenuto di presentare la persona da cui aveva acquistata la cosa era comune al procedimento immobiliare e mobiliare. Il convenuto prometteva presentare l'autore suo, e frattanto andava da lui per chiedergli se intendeva o no assumere la garanzia. Per legge chi vendeva era tenuto a garantire il compratore, e il venditore, in caso di contestazione, doveva prendere nel processo il posto del convenuto. Coll'*advocatio ad warantum* questi lo poneva nel suo posto di fronte all'attore. Tale era la *laudatio auctoris* delle fonti. Ecco il caso *de ancilla comparata* reclamata da altri. Chi l'ha comprata *revertat ad auctorem*. Il convenuto risponde: *Non debes adversus me placitare quia ego comparavi ancillam de Martino — Da wadiam de auctore*. Questi nega; e allora il citato *aut probet quod sibi vendidit aut bellum adardiat de terciata aut perdat ancillam* (Lib. pap. ad Roth., 231). Perciò alla *nominatio auctoris* seguiva la presentazione di questo che subentrava nella posizione del convenuto, di cui difendeva il legittimo possesso (Otton. I, c. 7). L'esempio della serva, dice il commentatore, si estende a *quidquid venditur*.

Mancando di prove o non sembrando decisive, il richiamo all'*auctor* era il più efficace mezzo difensivo: *habetis auctorem de ipsis rebus quae in istis vestris cartulis continentur? Auctorem non habemus qui nos defendat nec nos per aliquem modum defendere possumus*, e perde la causa (1). O invece *auctorem habeo et dare posso*: ma poi al termine stabilito *decatevit de ipso auctore et dixit eum dare non poterit* e perde (2): invece altri vince presentando l'*auctorem qui rebus ipsa mihi venumdedi* (3). Potevasi presentare la prova scritta e assieme l'autore (4). Ma se questi era morto e

(1) an. 838: *Reg. di Farfa*, II, n. 282.
(2) an. 859: FUMAGALLI, pag. 326; *Cod. dipl. Lang.*, n. 207.
(3) an. 963, 990: *Cod. cav.*, II, 222, 239, 426; III, n. 480.
(4) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, app. n. 51.

Digitized by Google

la prova scritta mancava o era un insufficiente, perdeva la lite (1).

Presentatosi nel tribunale l'autore, assieme al convenuto, questi lo interpellava così: *Vendidisti tu mihi ipsam ancillam?* Se negava: *non feci*, e il possessore non poteva provare il contrario col giuramento o coi testimoni, era questi condannato per furto: e solo più tardi la legislazione franca dispose che la questione fosse decisa col giudizio di Dio (2): onde nella pratica italiana, nei territori longobardi fin verso il 1000 il convenuto aveva tre vie: *aut probet quod auctor sibi vendidit — aut bellum adardiat de terciata — aut perdat ipsam ancillam* (3).

Ma l'autore poteva invece dire: *Ego tibi vendidi et volo stare in auctorem* (4) — *Warens sum* (5), ti sto garante: e dichiararsi pronto ad assumere la causa del convenuto; in tal caso questi era messo fuori causa. Però l'*auctor* poteva liberarsi dall'obbligo di intervenire e lasciare all'acquirente tutto il peso di ogni possibile controversia, di stare cioè *loco auctoris*, ma per via convenzionale (6). Tale liberazione dalla *defensio* aveva la sua ragione nella onerosità della procedura relativa alla ricerca dei precedenti possessori e all'obbligo di dare mallevadori; e ad evitare tale peso nel sec. X erasi introdotto il sistema di convenire fra venditore e compratore l'esonero del primo e la rinunzia del secondo a *laudare auctorem*: e tale rinunzia specialmente potevano accordare le chiese che godevano non lievi privilegi processuali e più facilmente difendevano i loro possessi.

Non era escluso che anche l'attore dovesse presentare il suo *auctor* (7): ma più generalmente ciò incombeva al convenuto che non aveva testi e documenti per liberarsi dall'accusa.

---

(1) an. 815: id., V, 2, n. 397; MURATORI, I, 537; an. 838: il convenuto fa la *refutatio* e il giudice ordina la *redditio*: VESI, *Doc. per la storia di Romagna*, I, pag. 86.

(2) Capit. 809, c. 20, pag. 150: *omnes iudicio Dei credant.*

(3) *Liber pap.*, Form. ad Roth., 231.

(4) Id., Form. ad Roth., 231, 232; Liutpr., 42, 51, 77, 115; ad Ludov., 5; ad Widon., 5.

(5) Id., Form. ad Otton., I, c. 7.

(6) an. 940: *si autem volueritis per vos exinde esse auctores et defensores liceat vos vice nostra causare et omnia agere quamquam nos debuerimus et vobis defensare*; *Cod. dipl. cav.*, I, n. 168.

(7) an. 844: entrambi le parti si richiamano all'autore da cui hanno comprato. FUMAGALLI, pag. 240; MURATORI, I, 467, 527; *Cod. dipl. Lang.*, n. 154.

Digitized by Google

15. A proposito di questa *laudatio auctoris*, il commentatore all'Editto avvertiva la differenza fra il diritto barbarico e il romano scrivendo: *Longobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris: at Romanus semper stat loco auctoris et nunquam auctorem dat* (1): cioè nel diritto romano il convenuto originario rimaneva sino al termine della causa la parte principale del processo; mentre nel germanico appena l'autore riconosceva in giudizio di garantire il convenuto, questi usciva dal processo. L'autore proseguiva la procedura e dava le prove. Se egli poteva dimostrare il suo buon diritto, restava anche provato che il convenuto legittimamente deteneva la cosa: se no, doveva restituire la cosa e restituire al convenuto il prezzo che aveva pagato, avendo egli assunto al momento della vendita l'obbligo di mantenere il compratore nel possesso che egli aveva garantito (Roth., 231). Il commentatore notava che erasi introdotto l'uso da parte del convenuto di *stare loco auctoris*, cioè di rappresentare l'autore: *pro usu secundum quosdam asinos*. Ma osservava: *secundum valentes nunquam Longobardus stat loco auctoris*. La pratica quindi era giunta ad ammettere la rappresentanza processuale dell'autore, contro lo spirito del vero diritto (2). Ciò dipendeva dalle limitazioni poste dalla legislazione franca all'obbligo di nominare l'autore e dal diverso significato processuale che essa vi diede. In principio era un espediente per allontanare da sè l'accusa in forma legale (3). Il convenuto che si richiamava a un mallevadore, cioè all'autore, dichiarava così non avere pel suo diritto derivato prove materiali e processuali. Ma quando si stabilirono le forme necessarie per le cessioni di proprietà, quando furono ammessi mezzi più razionali di difendersi e si ebbero vere e proprie eccezioni, il richiamarsi all'autore doveva necessariamente restringersi a casi speciali. Il convenuto aveva la possibilità di difendersi in modo più rapido e convincente, per es. coll'invocare gli strumenti notarili,

(1) *Liber pap.*, Form. ad Roth., 232, v. LEICHT, *Bollett. senese*, XXI, 1914.

(2) Cfr. Expos. ad Wid., 5, § 2, ove l'attore chiede: *vis stare loco auctoris vel vis actorem dare? Auctoris loco stare volo*. Ma si risponde che non può. Vi erano casi in cui l'autore non poteva intervenire, come quando era prescritta la redazione di una carta; cfr. Liutpr., 115.

(3) an. 859: il convenuto dichiara di avere l'autore, il vescovo da cui ha ricevuto la terra in feudo; ma poi non lo può presentare: GIULINI, I, pag. 447.

Digitized by Google

cioè fare operare anche processualmente le forme volute per le vendite, donazioni, ecc.

Se il venditore era morto, gli obblighi processuali di lui cadevano sugli eredi (1): ma se questi mancavano e l'eredità in conseguenza era passata al fisco, i longobardisti insegnavano che *emptor de actione agere adversus regem non potest* (2). In siffatto caso *nulla sit repetitio*, cioè *emptorem actor convenire non possit* (3); salvo di giurare che l'autore era morto e che i beni di lui erano passati al fisco, il quale conservava i beni ma non rispondeva dei debiti (4). Se poi la cosa era passata in vendita per diverse mani e l'autore indicato dal convenuto confessava di non poter indicare il proprio autore *praeveat sacramentum quod credens suum vendidisset* (Roth., 229) e che *conscius non sit fraudi nec ullum conludium fecisset* (5): doveva perciò restituire l'oggetto al vindicante e rifare il prezzo al compratore. Che se non poteva purgarsi *de colludio*, incorreva in una pena.

Il possesso del titolo di acquisto non dispensava dalla presentazione dell'autore; an. 862: *quid respondis de hac causa? Ego retineo non malum ordine nec iniuste quia ego exinde scripturam emcionis abeo et auctorem.* Il giudice ordina che presenti la carta e l'autore: ma questi dichiara che aveva già donato quei beni a un monastero con carta che l'abate presenta: la seconda vendita da lui fatta è dichiarata nulla e il venditore condannato *de furtibus* (6). L'autore poi doveva provare il suo diritto (7).

---

(1) an. 847: l'autore dichiara che suo padre possedette i beni contestati per 30 anni, ma non può produrre testi: invece l'attore dichiara di poter provare per testi il suo possesso trentennale. Al giudizio il convenuto respinge un teste per non possedere beni per 150 soldi, eccezione dimostrata falsa da tre testi. Il possesso trentennale è provato, e l'autore è condannato ai danni: MURATORI, I, 527.

(2) *Ariprandus et Albertus*, ed. ANSCHÜTZ, II, 36.

(3) Roth., 231; *Ariprandus* cit.; *Liber pap.*, ad Roth., 231, § 4.

(4) MILLER, *Langob. Erbrecht, Zeits. f. Rechtsgesch.*, XIII, 77, 79: SALVIOLI, *La responsabilità dell'erede per i debiti del defunto*, in *Riv. ital. per le scienze giuridiche*, X, 188.

(5) *Liber pap.*, Form. ad Roth., 231.

(6) *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, app. n. 21; LOERSCH und SCHROEDER, *Urkunden*, n. 64; LOENING, *Vertragsbruch im deut. Recht*, pag. 114, n. 21.

(7) an. 847: il doc. è riferito a n. 1; an. 865: l'attore contesta all'autore il suo diritto e si riesce *per inquisitionem* fatta per mezzo di testimoni; *Mem. e doc. di Lucca*, IV, 2, app. n. 61.

Digitized by Google

16. In materia di garanzia la legislazione longobarda ha una vera originalità. Essa voleva che da autore in autore si risalisse fino a pervenire a chi aveva sottratta la cosa o a chi non poteva indicare da chi la teneva. Il duello infine poneva termine a questo litigio. Però una Costituz. di Ottone I aveva stabilito che non si andasse oltre al *tertium warentem* e che il proprietario dell'oggetto rubato non fosse tenuto di seguire l'accusato attraverso tre contee.

La procedura è descritta nella Formola a detta legge: Pietro, ti chiama Martino *quod ipse intertiavit tibi unum suum caballum.* Se risponde affermativamente, subito giuri *quod ad certum wartentem eum conducat*: e va da questo il quale deve dare fideiussori di presentarsi al tribunale; se nega di essere *warens*, il convenuto ritorna da lui coll'interziante, e alla ripetuta risposta negativa, *campo contendat*, e se non può *campo contendere vel probare*, allora il *warens* giuri *se non tradidisse. Tunc ille cui res intertiata est componat ut latro nisi alium warentem dederit.* Se poi dichiara da chi ha ricevuto la cosa, allora si rinnova questa procedura con questo secondo e poi con un terzo.

Questo terzo giura la sua buona fede, che aveva acquistata la cosa a titolo originario, *quod suus proprius est... quod nec latro fuerit nec collega latronis sed cum suo proprio comparavit*, ma deve restituire la cosa al rivendicante. Che se uno dei convenuti non avesse provato il suo legittimo acquisto, o non avesse voluto giurare, perdeva la lite e incorreva nella pena del furto (1). Motivi di equità ispirarono la riforma ottoniana: facilitare al convenuto la difesa, ridurre l'indagine sui garanti, imporre all'attore di rendere il suo diritto verosimile.

---

(1) Form. ad Otton. I, c. 7. E la formola aggiunge: *hoc per usum:... och omne fit secundum quosdam vanos.*

Digitized by Google

CAPO VII.

Il procedimento nei territori romanici

1. Tale era il procedimento praticato nelle regioni dell'Italia settentrionale e centrale e nei ducati di Benevento, Spoleto, Salerno, dove prevaleva il diritto longobardo-franco.

Non molto diverse si presentavano le forme processuali praticate nei territori non soggetti a dominio barbarico: questa apparente somiglianza potrebbe indurre nell'opinione che il diritto germanico e la pratica dei territori finitimi le avessero plasmate. Ciò non è, perchè, fatta eccezione per alcuni monasteri viventi a legge longobarda e che furono il tramite per cui alcuni riti germanici passarono nel procedimento dei territori romanici, in questi si compose un rito in parte degenerazione del giustinianeo, in parte derivazione dalla mentalità e dal basso stato di cultura che condusse le generazioni del medio evo á rimettere, per es., la decisione delle liti all'intervento divino: donde la diffusione in tutta Europa dei giudizi di Dio. In connessione a tale presupposto, veniva esclusa qualsiasi complicata formalità, e tutto doveva svolgersi pianamente, giusta l'equità e la buona fede e senza inutili dilazioni e sottigliezze legali. I processi in questi territori, del resto scarsamente a noi giunti, sembranmi riprodotti nel seguente placito pontificio del 1140. Un abate presenta una querela contro T. *Hoc audito d. papa misit ad eum D. treuguanum* perchè T. venisse entro 15 giorni in curia a rispondere: e venne: e l'abate proclamò la sua querela; l'altro rispose: *volo habere consilium*. Accordata una dilazione di due giorni, ritorna e dice: *Nolo habere peccatum*: sono pronto ad accordarmi. *Mihi placet,*

Digitized by Google

aggiunge il papa: dò tre mesi per concludere e in caso contrario: *venite in curiam et per iustitiam concordabimus* (1).

Siffatto carattere di bonaria conciliazione che presentano per lo più i documenti giudiziari dell'Italia meridionale, come anche la loro scarsezza possono spiegarsi colla speciale distribuzione della proprietà fondiaria in questa regione. I contrasti che altrove sorgevano con maggior frequenza fra piccoli proprietari agitati dall'innata litigiosità, avevano minori occasioni a nascere fra ricchi enti religiosi o laici — l'Italia meridionale è quasi tutta occupata da latifondi — che trovavano più conveniente comporre amichevolmente le loro controversie. Colà giudizi regolari, formali, rigidi: qua consuetudini semplici e piane. Ovunque verificasi un sensibile adattamento della giustizia alle condizioni dell'ambiente.

§ 1. *Roma e Ravenna.*

2. Nei territori romani il procedimento mantenne quello che era possibile delle pratiche introdottesi negli ultimi tempi dell'Impero, cosicchè le linee fondamentali furono le romane; tuttavia qualche istituzione di origine germanica non mancò di insinuarsi, specialmente in quelle regioni più a contatto coi tribunali longobardi, chè l'influenza di essi doveva essere più sentita di quello che potessero esercitare le popolazioni longobarde, le quali numericamente poco valevano di fronte alle romane. Il procedimento romano era conservato dalla Chiesa nelle sue curie giudiziarie: il clero, che viveva con la legge romana, con questa difendevasi nei giudizi, e l'appoggio della potestà ecclesiastica al procedimento romano assicurava a questo vitalità e osservanza, il che rilevasi dai documenti e dai libri giuridici, ove è esposto il procedimento giustinianeo, come quello ancora praticato. Però non integralmente; anzi alterazioni non lievi subì. Furono abbandonate le solennità congiunte agli ordinamenti giudiziari dell'epoca imperiale, per seguire forme più semplici e meglio rispondenti alla

(1) MONACI, *Regesto di S. Alessio*, in *Arch. d. Società romana di storia patria*, XXVII, 1904, pag. 383. Le stesse parole sono in doc. a. 1156, in *Tabularium S. Mariae Via Lata*, ed. HARTMANN-MERORES, 1913, n. 187.

Digitized by Google

cultura del tempo; così si accolse il giudizio di Dio, si diè gran valore al giuramento del convenuto, fu più attiva la partecipazione dei litiganti e meno quella del giudice: ma nel contempo, grazie alle persistenti tradizioni romane, si raggiunse un rito superiore al procedimento longobardo-franco. Così la procedura di Roma e Romagna presenta caratteri propri.

3. Sopravisse delle pratiche romane la citazione quale atto dell'autorità: era il *nuncius* o il *cancellarius* che *iterum atque iterum* (1), *usque duodecim vices* citava (2): e al diritto romano collegasi l'intervento dell'autorità nel sequestro di chi *ad placitum venire nolebat* (3). Ufficiali detti *apparitores* ammonivano il convenuto di presentarsi *ad eum qui ius dicturus est* (4). L'attore consegnava al giudice il *libellus accusationis*, che era sottoscritto da lui o da un *tabellarius*. Il *libellus* non conteneva che un breve cenno della controversia o più propriamente l'*actio* colla quale intentavasi la causa (5). Nel libello era l'*editio actionis*, da farsi anche a voce alla presenza di testi (6). Altri schiarimenti potevano essere comunicati al giudice oralmente. Dopo di che il giudice faceva l'iscrizione della causa nei suoi registri o *gesta* e faceva comunicare il protocollato *libellus* all'altra parte assegnandole un termine per comparire davanti al tribunale (7). Questa comunicazione conte-

---

(1) an. 990: *facite eos vocare per publicum cancellarium in eodem placito et ita factum est.* MURATORI, II, 950; VESI, I, pag. 400, 431; FANTUZZI, I, n, 67; id., n. 72; an. 1001, n. 94; an. 1030:

(2) an. 999: GALLETTI, *Primicerio*, n. 24; *Regesto di Farfa*, III, n. 437: an. 1148: *peremptorio edicto moneo ut venias*; *Tabularium S. Mariae in Via lata*, n. 171.

(3) an. 845: FATTESCHI, n. 52; *Regesto di Farfa*, II, n. 286.

(4) Vedi la finta Costituz. di Giustiniano pubblicata da BETHMANN-HOLLWEGG, vol. V, pag. 335 e segg., ed. FITTING, pag. 123.

(5) Il sistema di rivolgersi al magistrato col libello constatasi in questi giudizi romani fino dal sec. XI; an. 1006, 1022; v. DIANA, *L'oblatio libelli in doc. del* 1190, nelle *Memorie storiche forogiuliesi*, V, 1099. Cfr. an. 1116 1197, in FICKER, IV, n. 183, 189.

(6) *Ulpianus de edendo* (incerti auctoris ordo iudic., scritto dopo il 1150), ed. HAENEL, 1838, pag. 3. L'*editio actionis* trovasi in Roma nel 1139; v. FICKER, *Ueber Zeit. u. Ort des Brachylogus*, 34, 35.

(7) *Brachylogus*, IV, § 4: *Iudex libello conventionis facto per apparitorem reum in ius vocet. Libellus in hoc modo fieri debet: Notum sit tibi questum mihi de te fuisse quod vitae eius fueris insidiatus, cuius rei causa te admoneo ut ad placitum venias...*

Digitized by Google

neva anche l'*admonitio* cioè la minaccia delle penalità in cui il citato incorreva nel caso si rendesse contumace; *admonitio* che presenta analogie col *bannum* germanico.

Alla citazione il convenuto dava risposta scritta consegnando al *cancellarius* un *libellus responsionis o contradictionis*, nel quale dichiarava se ammetteva o respingeva le domande dell'attore: *querelam dico non esse veram — non debeo respondere*. Nello stesso tempo e collo stesso atto poteva ricusare il giudice per incompetenza o per suspicione. Il *libellus* doveva essere presentato entro venti giorni, e, come vedesi, conteneva una semplice ripulsa, oppure il riconoscimento del debito. Nel primo caso non era tenuto a presentare i motivi: il che faceva in secondo momento, quando, decorsi i venti giorni, l'attore informava il giudice delle sue ragioni, elencava documenti e testi in appoggio e chiedeva che la sua causa fosse iscritta nei *registri* del tribunale (*gesta*).

Il notaio era l'*acceptor litis* che scriveva *quae sunt digna accipi* e non scriveva *quae sunt digna sperni*. Le risposte del convenuto eran consegnate al *nuncius* dal giudice che aveva intimato il libello e la citazione. Se il libello era accettato, il convenuto doveva pagare le sportule all'*executor* e presentare mallevadori. I documenti ravennati fanno menzione di questo procedimento preliminare scritto e così diverso da quello in uso nei territori longobardi (1).

Vi erano dunque delle differenze nel modo di citare fra la pratica romana e la longobarda. Inoltre nella prima era anche più fermamente stabilito il momento della *litis contestatio*. Il procedimento iniziato colla *actionis editio* e la *in ius vocatio* da parte dell'attore passava poi sotto la direzione del magistrato che obbligava quello a precisare le sue domande come il convenuto a formulare le sue eccezioni. Così la *litis contestatio* conservava, come nel procedimento romano, la sua grande importanza.

In quanto all'obbligo che assumeva il convenuto di presentarsi al tribunale al giorno stabilito, vedesi essere posti fideiussori per *securitas* (2). Il *iuramentum calumniae* era sempre prestato dal-

---

(1) Su di esso v. la citata Costituzione e il *Brachylogus*, lib. IV.

(2) an. 874: MURATORI, *RISS.*, II, 2, 944; an. 942: *Regest. sublac.*, n. 155; *Tabularium S. Mariae*, n. 187.

Digitized by Google

l'attore; e doveva giurare anche il giudice che la sua sentenza sarebbe pronunziata con pura coscienza e secondo legge (1).

Le parti portano il nome romano di *actor* e di *reus* e non il longobardo di *appellator* e di *appellatus*: e così anche col nome di *actio* è chiamato l'obbietto della controversia, che conserva il suo carattere di lite civile, senza quel presupposto penale a carico del convenuto che è a base del procedimento germanico. Le parti sono assistite da *advocati, adiutores, patroni causarum,* che parleranno davanti al giudice (2), e l'incarico di rappresentare e difendere è loro dato simbolicamente colla consegna di una verga (*virgam in manibus*) dicendo: *Nos instituimus te advocatum nostrum de omni causa quae agenda est — ego proclamo in vice et pro persona...* (3). E il tribunale anche dava un avvocato alla parte che non lo aveva (4).

4. Nel giorno stabilito le parti si trovavano davanti al giudice, ove l'attore faceva la *proclamatio* delle sue ragioni (5). Se l'attore era un longobardo, allora invocava di avere giustizia secondo il suo diritto (6), e così anche il convenuto si difendeva secondo la sua legge (7). Se questi riconosceva il diritto dell'attore, si applicava il principio romano: *confessus pro iudicato habetur,* e non era pronunciata sentenza, il che non escludeva l'attività del giudice, il quale invece di dire: *Ego iudico,* pronunciava: *Video quia tu estis confessus,* e confermava il diritto dell'attore, minacciando pene pecuniarie contro chi l'offendesse e non soltanto contro il convenuto confesso (8).

Alla *confessio in iure* si ricorreva per ottenere il riconoscimento di titoli, senza bisogno di citazione, se la parte era presente all'udienza giudiziaria: e allora fra le parti si stabiliva anche una

---

(1) an. 1192: FICKER, IV, n. 72.

(2) an. 1013, 1029: FICKER, IV, 43, 50.

(3) an. 1025: FANTUZZI, II, 21.

(4) an. 1011: *Regesto di Farfa,* IV, n. 616.

(5) an. 983: *proclamatus est* davanti a Ottone II a Ravenna; *Monum. German. Diplomata,* II, pag. 371; an. 998: *presbyteri proclamabant querimonii causa et dixerunt*; FANTUZZI, IV, n. 21, 23; an. 1032: *accessit P. procurator archiepisc. dicens: Ego proclamo de B.*; SAVIOLI, *Ann. bologn.*, I, 2, n. 47.

(6) an. 1014: *Regesto di Farfa,* III, n. 492.

(7) an. 998: id., III, n. 426; MURATORI, *RISS,* II, 2, 505.

(8) an. 1029: FICKER, IV, n. 50.

Digitized by Google

penalità, qualora in seguito si fosse contestata la verità e autenticità (1). Chi aveva presentato il documento dopo la confessione della controparte, chiamava i presenti come testi: *Deprecor vos omnes qui hoc auditis et videtis pro futuro testimonio* (2); oppure la stessa parte che aveva ammessa la bontà del titolo diceva: *Et nos eam* (*cartam*) *sic recipimus et deprecamus vos omnes qui hoc videtis ad profuturum testimonium* (3). Il giudice non interveniva nè aggiungeva il suo avviso, bensì minacciava pene contro quelli che avessero contestato in avvenire il documento, e precisamente il banno regio (4), il quale aveva la stessa importanza attribuitagli nei territori longobardo-franchi. Davanti al tribunale solevano anche coloro che erano in possesso di documenti redatti da notai, presentarsi per ottenere dai debitori un publico e solenne riconoscimento di essi, per mezzo di una *confessio in iure*: nel qual caso il giudice aggiungeva al documento l'ordine di eseguire quanto nel documento si conteneva, come fosse il risultato di un giudizio e di una sentenza, con quegli effetti che eran inerenti alla *ostensio cartae* (5), e più tardi furono propri degli istrumenti guarentigiati.

5. Tornando al procedimento contenzioso, ricordiamo come nei documenti si faccia menzione di replicate citazioni avvenute per mezzo dei *nuntii* e dei *cancellarii* prima di denunciare la *contumacia* (6). Sia presente o no il convenuto, l'attore sviluppa oralmente la sua *petitio*. Se il convenuto è presente, pure a voce oppone le sue eccezioni (7); e così colla *petitio* e *replicatio* si ha la *litis contestatio*, di cui si conserva almeno il nome fino al 1100 nei territori di Romagna: *tractatum est in hac lite constituenda* (8),

(1) an. 1001: FANTUZZI, III, 13; MITTARELLI, I, 160.

(2) VESI, I, 435.

(3) an. 998: MURATORI, I, 493; FANTUZZI, II, n. 22.

(4) an. 1001: FANTUZZI, I, n. 72; VESI, *Docum. per la storia di Romagna*, I, pag. 431.

(5) MENGOZZI, *Ricerche s. scuola di Pavia*, 43-157.

(6) an. 983: VESI, I, pag. 391.

(7) an. 838 e 967: FANTUZZI, II, n. 2 e 12; an. 823, 828 e 967; *Regesto di Farfa*, II, n. 57, 268, 246.

(8) an. 1029: FICKER, IV, n. 51; an. 1077: MURATORI, III, 1095. Vedi *Brachylogus*, IV, § 7, 13 e le *Fictae constit.* in BETH.-HOLLW. cit. e in FITTING, *Gualcausus*, pag. 129. *Liber pap.*, Expos. ad Roth., 363, § 2; ad. Liutpr., 106; *De accionum varietate et vita seu longitudine*, ed. FITTING, *Juristische Schriften des früher MA.*, 1876, pag. 128; SOHM, *Die litis cont. in ihren Entwick. vom frühren MA. bis zur Gegenwart*, 1914, pag. 146.

Digitized by Google

una forma cristallizzata, convenzionale, rappresentata dalla *narratio* e dalla *contradictio*. A questi due atti segue la presentazione di fideiussori da parte dell'attore e del convenuto, i quali invece di scambiarsi la *wadia*, indicano altra persona, l'*executor* che sta garante della solvibilità dei fideiussori stessi. La forma della fideiussione sta in ciò che l'*executor* prende la mano del convenuto, e così ne fa consegna simbolica al fideiussore (*mittere, tradere*), e che il fideiussore prende il debitore dalle mani dell'*executor* del creditore (*levare: levavit eum*).

L'*executor* era personaggio che già figurava nel processo giustinianeo (1), ed a lui era consegnato il *libellus conventionis* dell'attore d'ordine del magistrato, perchè lo consegnasse al convenuto, intimandogli di comparire all'udienza. Egli era dunque uno degli ufficiali appartenenti alla curia del magistrato, il quale l'incaricava di funzioni giudiziarie, come un *nuncius*. Ma nel procedimento romanico l'*executor* adempiva ad altre funzioni specialmente in riguardo ai fideiussori presentati dalle parti. Anzitutto era eletto dalle parti, ma poteva anche essere il *praeco* o il *viator*, cioè una delle persone che assistevano il giudice (2); poi egli riceveva come nel diritto giustinianeo la *cautio in iudicio sisti* così dall'attore come dal convenuto. Come ciò avvenisse, è descritto nella seguente formula: an. 1015: *Iudices vero talem litis appellationem, talemque responsionis* (leggesi *responsionem*) *sive disvestitionis negationem audientes, hunc iusserunt ad executorem litis, ut alligat querentis partem personamque respondentis sub vinculo fideiussionis in alligata den. libras* 20. *Et ita fecit. Denuo autem ab utraque parte litigium replicantes, et inter se altercantes litigaverunt per omnia* ecc. (3). Dunque non aveva più l'incarico di citare, perchè la citazione era affidata al *cancellarius*, ma di rispondere dei fideiussori dati dalle parti (4), di approvarli valutandoli come solvibili per la somma stabilita dal giudice.

---

(1) LEICHT, *L'executor litis nel processo ravennate: Atti dell'Istituto veneto*, LXXIX, 1920.

(2) FICKER, IV, pag. 595; ID., *Brachylogus*, pag. 57.

(3) FICKER, IV, n. 46.

(4) an. 1013: *iudex iussit ambas partes sub districto fideiussore obligandas: in primis pars querentium R. dedit fideiussorem per manum executoris et levavit eum P...*; FICKER, IV, n. 43.

Digitized by Google

Così i fideiussori presentati dalle parti (1) acquistavano anche posizione speciale per opera dell'*executor*. Tale pratica trovasi anche nel procedimento veneto, ove il *vadimonium* dei litiganti era garentito dai fideiussori, e accanto agli uni e agli altri stava un terzo, il *mediator* che dava la *cautio in iudicio sisti* (2). I fideiussori intervenivano dopo la *petitio* e la *responsio*, perciò al momento della *litis cont.*, quando, secondo il diritto romano, *unusquisque iudex ab utraque parte binos sol. in litis contest... et binos in termino litis* deve ricevere (3). Il che spiega l'azione dell'*executor*, garante non solo dell'intervento dei litiganti ma del pagamento delle spese giudiziarie. Dal che deducesi anche come la *litis cont.* fosse piuttosto considerata agli effetti delle spese e in riguardo ad esse fosse richiesto l'esecutore.

Regolata questa parte, il processo iniziato colla *lamentatio* e *proclamatio* dell'attore (4), proseguiva colla *contradictio* del convenuto e colla sua richiesta di produrre *cartam et auctorem*: così si inaugurava il periodo delle prove (5). Potrebbe dirsi che in un certo senso il procedimento romanico constasse di due fasi, una preparatoria *in iure*, l'altra definitiva *in iudicio*.

6. All'inizio del giudizio, dopo che l'attore aveva ripetuto la querela, il giudice l'invitava a dare la prova che era onere di chi accusava, non del convenuto (6): spesso l'attore aveva con sè i titoli oppure era accompagnato da testi (7); ma erano accordati termini perchè potesse ritornare al placito colle prove (8); oppure al convenuto erano accordate dilazioni per presentare le sue difese (9).

---

(1) an. 1005: *missi pro fideiussore — vos mittat seu delaturque fideiussore*; FICKER, IV, n. 23, 43, 46; VESI, *Docum.*, I, 461; an. 885: FANTUZZI, II, n. 5; an. 950: IV, n. 11.

(2) LEICHT, *I mediatores de vadimonio, Istituto veneto*, LXVIII; *Mediatores ed Arbitri nel dir. veneto*, in *Scritti in memoria di G. Monticolo* 1913, p. 239.

(3) Epitome Iuliani, CCXCI.

(4) an. 1014: *Reg. farfense*, III, n. 492.

(5) an. 838: FANTUZZI, II, n. 2; an. 974, IV, n. 145; an. 1019: *Reg. farfense*, III, n. 458. Cfr. MARINI, *Papiri dipl.*, n. 82, 84.

(6) an. 829: GALLETTI, n. 3; an. 902: MURATORI, V, 310; an. 963: FICKER, IV, n. 28; an. 1025: FANTUZZI, IV, n. 21; an. 811, 823: *Regesto di Farfa*, II, n. 197, 251.

(7) an. 955: FANTUZZI, III, pag. 1, n. 1. an. 976: MURATORI, *RISS.*, II, 2, 965.

(8) an. 850: MURATORI, VI, 389.

(9) an. 813: GALLETTI, pag. 31; *Regesto di Farfa*, II, n. 199.

Digitized by Google

Nei tribunali romanici per le prove osservavasi la regola romana, alle quali anche il diritto longobardo e il diritto dei Capitolari avevano fatto ossequio, come anche la scuola di Pavia, cosicchè in Italia il convenuto era tenuto a purificarsi in via eccezionale e il giudizio di Dio era ammesso solo nei casi prescritti dalle leggi.

7. Il procedimento romanico non ammetteva il giuramento coi congiuratori: tuttavia questo trovasi nei territori di Gaeta (1), a Teano (2), a Roma (3), a Sessa (4), come anche a Venezia (5). A Gaeta il giuramento decisorio della parte è prestato da un'*ancilla vice illorum* (6). A Roma il giuramento *per sacramentales* fu adoperato nello stesso *palatio lateranensi*, nello stesso modo che a Roma si praticò la prova per duello davanti a *missi* d'Ottone III e di papa Gregorio V: col duello si decise provare se certi testi erano *falsi et abiiciendi a placito* (7). Il duello era stato introdotto a Roma da una legge di Ottone III del 967, imposto ai viventi a legge romana.

Ma le vere prove furono i testimoni, i documenti, il giuramento. I testi dovevano essere non meno di tre (8), principio comune alla scuola pavese (9), e anche di pratica canonica. Dovevano dichiarare: *Istam causam bene scimus et testimonium reddimus* (10). Ma anche nei territori romanici dovevano i *laudatores testium* assicurare della loro moralità e credibilità (11),

---

(1) an. 981, a Traetto: *audite me, piissimi domini, ego solus archipresbiter debuit iurare cum 12 laicis omines* (contro 12 della controparte), *set tamen si vobis placet iuret mihi exinde I. et T.*; *Codex dipl. caietan.*, I, n. 80.

(2) an. 944: GATTULA, *Accessiones*, I, 39.

(3) an. 829: *Regest. di Farfa*, II, n. 270; III, n. 426.

(4) an. 931: GATTULA, I, 308.

(5) KOHLSCHUTTER, *Venedig unter des Herzog Peter II*, n. 2.

(6) an. 958: *Cod. dipl. caietan.*, I, n. 54.

(7) an. 998: MURATORI, *RISS*, II, 2, 505; GALLETTI, *Primicerio*, 219; *Regesto di Farfa*, III, n. 426.

(8) Id.: *Vos dicitis quot testimonia debent esse secundum vestram legem. Illi autem respondebunt: tres idonei testes. Et allata sunt tria testimonia.*

(9) Formola placiti glossata, in PERTZ, IV, pag. 603: *Qua lege debent esse? Tres. Lege romana quae dicit vox unius testis non audiatur... Usus est ut sint tres.*

(10) an. 829: GALLETTI, *Primicerio*, n. 3.

(11) Formula Placiti glossata cit.

Digitized by Google

dopo di che si riceveva il loro giuramento, e dopo la loro deposizione giurava chi li aveva prodotti: *quia sicut isti testes dixerunt, sic fuit verum* (1).

Fu anche adoperata la *inquisitio* (2), divenuta privilegio delle chiese e dei monasteri, che largamente se ne valsero per difendere i loro possessi allorchè mancavano i titoli.

8. I documenti erano *ostensa et perlecta*; se veraci e antichi, davan causa vinta; se sospetti di falso era imposto al longobardo di purificarsi con congiuratori (3), al romano di provarli colla verifica della scrittura *ad manum collationis sicut precepit romana lex* (4), non col duello in virtù della legge di Ottone del 967.

Allorchè presentava la prova l'attore doveva giurare *quod non eum se sciente iniuste interpellavit* (5), dicendosi pronto a sostenere la veridicità delle prove addotte anche col duello: *sic postea Christus per duelli pugnam veritatem declaret* (6). Che se *dixit probare non posse neque per cartas neque per testes et iurare non audet* era senz'altro dichiarato perdente: *perdat inde per omnia suam actionem et sit inde tacitus et contentus et ipse B. sit inde securus et quietus* (7); come anche se i testi dichiaravano di non sapere o i documenti erano ritenuti falsi (8), perdeva la lite. Quando poi pronti al giuramento si offrivano tanto l'attore che il convenuto, la decisione era rimessa al giudizio di Dio, che in Romagna si esplicava esclusivamente per mezzo del duello.

---

(1) an. 829: GALLETTI cit.

(2) *Regesto di Farfa*, II, n. 270.

(3) an. 998: id., III, n. 426.

(4) an. 999: id., III, n. 430; an. 1011: *Praefectus precepit ut venirent alie carte... quos vulgo manus collationis dicimus... Adduxerunt alias cartas sed minime assimilata erat scriptura earum*; id.. IV. n. 616; an. 1148 il doc. è restituito perchè falso, ed è inciso; *Tabularium S. Mariae* n. 172.

(5) an. 1029: FICKER, IV, n. 50; an. 975, Ravenna, giuramento all'attore: *postquam probare non potestis nec iurare non audes*; id. n. 28; an. 1013: *timeo periurare*; id., n. 43; an. 1148: *iur. cal.*; *Tabularium S. Mariae*, n. 172.

(6) MURATORI, *Rer. it. Script.*, I, 2, 12.

(7) an. 885, 950, 974, 1013, 1025: FANTUZZI, II, n. 13; IV, n. 176.

(8) an. 958: *Reg. sublacens.*, n. 20.

Digitized by Google

Il giuramento era il *iusiurandum delatum*, lo fosse al convenuto o all'attore, cioè quello *iudiciale*, non il germanico di purificazione, posto dal giudice a carico di chi non produceva testi o documenti. All'attore che aveva già giurato *de calumnia* o *de asto* (1), nel senso di attestare la sua pura coscienza di *rectum querere* (2), poteva richiedersi anche nuovo giuramento: ma nel giudice era la facoltà di esonerarlo da ciò, chiedendolo invece al convenuto (3). L'invito al giuramento bastava generalmente a porre termine al contendere, e la parte vi rinunziava dicendo: *timeo me periurare ne anima mea incurrat periculum* (4).

La sentenza poneva silenzio perpetuo: *sint taciti et contenti: securi et quieti* (5), e dava l'investitura al vincitore, con pene al contravventore e colla *sponsio* al vinto di accettare la sentenza, la quale importava anche la minaccia del *bannum* se pronunziata da *missi d. imp.* o in tribunale imperiale (6). Questi ultimi riti non si discostano dalle formalità proprie dei giudizi longobardi, salvo qualche reminiscenza romana: *perdat per omnia suam actionem* (7). A Ravenna ove non poche formalità barba-

(1) FANTUZZI, II, n. 5; FICKER, IV, n. 51.

(2) an. 998: *Reg. di Farfa*, III, n. 426.

(3) an. 1029, Ravenna: l'avvocato del convenuto si rifiuta prestare il *iur. cal.* e così anche lo stesso convenuto *ne priurium incurram* e perde la lite perchè non può provare; FICKER, IV, n. 51. Una volta deferito il *iur. cal.* all'attore e al convenuto, dovevasi prestarlo, e chi si rifiutava era perdente (an. 1210: *curator de cal. iurare noluit, unde nos condemnamus*; id., n. 247). Se non era richiesto, il giudizio era irregolare, e dovevasi rifarlo; an. 1192, id., n. 183, 187; ma in altro caso si ritenne la sentenza egualmente esecutoria; an. 1210, id., n. 238.

(4) an. 1013, Ravenna: *et statim R. exivit ex eodem placito querens consilium si hoc probare potuisset an non. Et subito reversus*, ecc.; MITTARELLI e COSTADONI, *Ann. camald.*, I, 209.

(5) an. 1025: FANTUZZI, IV, pag. 194.

(6) an. 955: id., I, n. 1; an. 967: id., II, n. 12; III, part. I, n. 1; an. 1026: IV, pag. 194; VESI, I, pag. 293; an. 971, p. 305; *Reg. di Farfa*, III, n. 393.

(7) FANTUZZI, IV, pag. 176, 269; an. 1013: FICKER, IV, n. 43; an. 975: *divalium augustorum reperitur sancitum... negotium iam finito nullo modo volumus refrigerari: et in libro Codicum: Causas finitas etiam ab imperiali rescripto suscitari non hoportet*; id., n. 28, an. 994: la condanna è pronunziata come *lex rom. iubet* con rinunzia ad ogni pretesa e obbligo di non più litigare *per scriptum tertii generis*; FATTESCHI, *Duchi di Spoleto*, 350.

Digitized by Google

riche avevano trovato accoglienza, il giudice faceva la *refutatio* e l'investitura *per virgam, fustem, baculum, adprehendens wasonem de terra in manu sua et asse de mansione et misit in manibus dicens: Ego investio vos de ista mansione cum solo et orto* (1).

Della sentenza scrivevasi il *memoratorium si lis fuerit ultra* 300 *sol., alioquin non scribitur* (2): la sentenza era dal giudice e dai testi firmata (3). Bastava presentare il giudicato per impedire che altra domanda sulla stessa materia fosse accolta (4).

Dopo tre citazioni pronunciavasi la contumacia (5), e sempre anche in assenza del convenuto, l'attore doveva provare la sua domanda (6). La sentenza era pronunciata *salva querela* e con tale riserva era accordata l'investitura corporale col rito della *virga* e colla *solemnis introductio locorum* fatta dal *nuncius* o dal *cancellarius;* e della presa di possesso redigevasi carta (7), minacciando pene e banno per ogni turbativa (8).

In questi territori era rimasta in vigore la massima romana che il soccombente pagasse le spese commisurate a quanto importò il vitto della controparte (9), e particolarità era di depositarle *ante litis initium* (10), nella misura della *decima litis expensarum nomine* stabilita da Giustiniano (11).

---

(1) an. 1037: FANTUZZI, I, pag. 273.

(2) Finte Costitutuz. di Giustiniano, in BETHMANN-HOLLWEG, V, pag. 435.

(3) FICKER, IV, n. 67. Nel 1160 i senatori pronunciano sentenza sulla base di consiglio dei dativi; GALLETTI, *Primicero*, 317.

(4) an. 1016: *Reg. di Farfa*, IV, n. 616: *lis sit vacua et a nemine cum effectu alterius audiatur*; *Tabularium*, n. 173

(5) an 1060, contumacia; si legge il Cod.: *eius qui per contumaciam absens negotio summatim perscrutato appellatio recipi non potest*; FICKER IV, 67; an. 988, 990, 996, 1001, 1030, 1035: *Reg. di Farfa*, II, n. 63, 67, 72, 93, 107; V, 35; FICKER, IV, n. 52; an. 999, 1011: *Reg. di Farfa*, III, n. 430; an. 1011: IV, n. 616; an. 1013: MITTARELLI, I, pag. 209.

(6) an. 1032: FICKER, IV, n. 52.

(7) an. 1037: FANTUZZI, 2, n. 274; *Reg. sublac.*, n. 78.

(8) an. 1032: SAVIOLI, I, n. 81.

(9) Lex rom. utin., IV, 15.

(10) an. 970, 992, 1123: FANTUZZI, I, n. 45; II, n. 68; IV, n. 49; an. 822: GALLETTI, *Primicerio*, n. 2, 5, 7, 8, 13; CHIOVENDA, *Spese*, 98, 850, 897, 919.

(11) an. 838, 885, 950, 1005; FANTUZZI, II, 2, 5; III, 11; IV, 21; VESI, I, 86, 122, 200, 461.

Digitized by Google

§ 2. *Venezia* (1).

9. La procedura veneta fu essenzialmente la romana. Unico rito sì per le cause civili che per le criminali, come unico era il foro. La lite era iniziata con un esposto fatto dall'attore dinanzi al doge o al gastaldo, sia personalmente sia per mezzo di avvocato. Il libello scritto non venne mai richiesto *de consuetudine Veneciarum*. Quando si trattava di azioni che riguardavano una collettività, per fare una citazione si presentavano davanti alla Curia non solo il rappresentante di una data circoscrizione politica o dei comunisti o della corporazione religiosa, ma tutti coloro che ad essa appartenendo credevano opportuno o potevano accedere al giudizio (Roberti). Dopo la esposizione dell'azione, i giudici decidevano se fare o no la citazione della parte avversa. Vi era anche una procedura per *clamor*, nei casi *super investitionibus, ratione propinquitatis et lateraneitatis, de laborerio, de forcio*, nei casi cioè di spoglio violento o di lavori che danneggiavano la proprietà altrui: allora il reclamante chiedeva una procedura rapida e la decisione immediata del suo reclamo. Negli altri casi invece, se i giudici ammettevano la citazione, questa veniva intimata da un messo e ripetuta: e se il convenuto era assente, si faceva per *stride*; e allora i giudici dovevano fare *eum in publico stridari: Vade et strida et comanda tali homini, tamen si placet d. n. duci*. La *proclamatio* alle università intimavasi a tutti i *sodales*, e così alla *catherva monachorum* oltre che all'abate o al priore. Laddove occorrevano tre citazioni, si usava l'espediente di citare *de forcio*, pel quale bastava una sola, aggiungendo la clausola *et de omnibus que sibi actor dicere vellet*; intendendosi che l'attore si riservava svolgere la querela di violenza ed esporre altre sue ragioni.

---

(1) E. BESTA, *Il diritto e le leggi civili di Venezia fino al dogado di Enrico Dandolo*, 1900; ID., *L'ordinamento giuridico del dogado veneziano fino al* 1300 (negli scritti *In memoria di G. Monticolo*, 1915); *Gli statuti civili di Venezia anteriori al* 1242, ed. BESTA e PREDELLI, 1901; ROBERTI, *Le magistrature giudiziarie veneziane e i loro capitolari fino al* 1300, 3 vol., 1906-1911; PITZORNO, *Consuetudini giudiziarie veneziane anteriori al* 1229, 1910; ID., *La Curia del doge e il Comune veneziano nel secolo XII*, 1913.

Digitized by Google

Le parti dovevansi presentare al giorno indicato, salvo il caso di malattia, di pubblico servizio, di forza maggiore, di assenza per ragione commerciale (*qui panem et vinum habuerunt ad eundum foris Venecias*). Era ammessa la rappresentanza, ma la qualità del procuratore doveva essere accertata per mezzo di stride: *Ego sum per illum et talem possum habere placitum.* Non presentandosi l'attore, la citazione decadeva; non presentandosi il convenuto, si procedeva in contumacia: ma l'attore doveva provare il suo diritto e anche giurare. Solo nelle cause criminali la contumacia equivaleva a confessione, e seguiva la condanna.

Se le parti erano presenti, il giudice esigeva la *cautio* o *vadia in iudicio sistendi*, cioè di *obedire et adimplere iudicio et laudacioni* presentando fideiussori o mediatori (1).

La sentenza era pronunciata *per legem et iudicium* quando la discussione era giunta *usque ad satietatem*. Era pronunciata dai giudici *concordia maioris partis*, e approvata e pubblicata dal doge; e la decisione era presa *secundum bonam conscientiam et consuetudinem.* Se i giudici non erano di accordo ed erano in numero pari, la decisione era rimessa al doge (2). Il notaio redigeva in iscritto la *cartula diiudicatus*, e alla parte vittoriosa era consegnata la *cartula securitatis*, mezzo di prova a garanzia dei suoi diritti. L'esecuzione della sentenza era affidata agli ufficiali dipendenti dal doge. Il vincitore poteva anche farsi investire dal doge dei beni che gli erano riconosciuti dalla sentenza.

Nelle cause penali, se vi eran multe, queste eran pagate alla Camera ducale. In caso di contumacia si procedeva contro i parenti costretti a pagare, salvo diritto di regresso.

Vanno notate le seguenti particolarità del procedimento veneto. In tutte le cause che ammettevano più di un precetto, il convenuto aveva diritto di chiedere, comparendo, le *induciae pro advocatore*, corrispondenti, sembra, alle *induciae deliberationis* della procedura giustinianea e bizantina. Questa dilazione non poteva superare gli otto giorni.

Anche per la prestazione del giuramento si accordavano le

---

(1) LEICHT, *Mediatores et arbitri nell'antico dir. veneziano*, negli *Scritti in memoria di Monticolo*, 1915; ID., *Mediatores de vadimonio*, Istituto veneto, 1906.

(2) BERTALDUS, *Splendor consuetudinum*, 101, 108.

Digitized by Google

induciae, dando però un *vadimonium iurandi* (1). Così anche rinvii potevano esser chiesti per raccogliere prove: e altresì i giudici ne potevano ordinare di ufficio quando sembrasse loro che la causa era matura o la cognizione piena. Ad ogni rinvio il convenuto che non fosse comparso, doveva essere richiamato con unica citazione.

La procedura *per clamores* avveniva *sine strepitu litis* e ha molta affinità con quella interdettale romana. Era ammessa in casi determinati, generalmente per violento spoglio. Il leso si recava in curia, esponeva la querela che dal doge era notificata all'avversario; e non vi era bisogno di due citazioni, bastando una. Il clamante doveva agire entro 30 giorni dal fatto lesivo dei suoi diritti o dalla notizia di esso. Il giudice valutava le ragioni del clamante e poteva anche respingere il suo *clamor*, e a questo restava allora di ricorrere alle vie ordinarie procedurali.

Vi era una perenzione di istanza che si verificava in tutti i processi se l'attore per tre mesi restava inattivo.

Era riconosciuto il foro ecclesiastico per le sole cause vertenti fra chierici e per quelle in cui il reo fosse un chierico. Se però era in giuoco un interesse mondano e pecuniario, i giudici secolari intervenivano e giudicavano, lasciando al vescovo la *districtio*, cioè l'esecuzione della sentenza. La competenza esclusiva del foro ecclesiastico veniva quindi riconosciuta solo per riguardo ai chierici nelle cause criminali in cui la pena dovesse essere la destituzione dall'ufficio o la perdita del benefizio, e per riguardo ai chierici e laici nelle cause spirituali e matrimoniali.

In tutte le cause l'attore doveva prestare il *iuramentum calumniae*, e anzi ad impedire che si muovessero liti temerarie al solo scopo di danneggiare o intimorire alcuno, volevasi che l'attore dovesse restare in Venezia almeno venti giorni dopo la citazione.

Era vietato cedere le proprie ragioni dal momento che della controversia era investito il tribunale.

Queste disposizioni sono specialmente contenute nelle leggi di Enrico Dandolo pubblicate tra il 1194 e il 1195, che però riproducono molte norme di dogi precedenti o consuetudini forensi da lungo tempo osservate.

---

(1) GLORIA, *Cod. dipl. padov.*, doc. n. 1093.

Digitized by Google

§ 3. *Italia meridionale.*

10. Scarse sono le notizie sul procedimento nei territori dell'Italia meridionale prima dei Normanni: certo non doveva essere normale il sistema che le controversie trovassero un componimento *per loquentia bonorum hominum* e che le parti si accordassero *amica pactione voneque voluntatis* (1).

Le carte del sec. X che si riferiscono a liti, *altercationes*, trattano appunto di queste amichevoli transazioni (2), oppure ci informano come i litiganti si rimettessero al giuramento deferito da chi moveva la lite alla controparte (3).

Dunque un rito giudiziario esisteva, e se i maggiori preferivano gli accordi, pei litiganti vi erano tribunali aperti. Le liti svolgevansi davanti al *curiale* e con un rito che è attestato da queste formole: *horta est intentio... de qua vos quesivi dicendo... pars autem vestras replicando respondeva dicens... et dum exinde intentio verteretur... iudicatum est prebere sacramento*: e prestato il giuramento la causa era definita, e il curiale rilasciava la *cartula securitatis*.

Nei giudizi regolari l'attore si rivolgeva al giudice (*ad me accesserunt accusantes*) e il giudice spediva la citazione (*vocavimus in iudicium*). Il convenuto si difendeva *verbis* (*adducta et interrogata a me meisque proceribus respondit*). Le parti disputano. L'attore è invitato a produrre le prove che dichiara avere o non avere, oppure il convenuto si dichiara persuaso e nulla avere da opporre alle carte presentate (4). L'attore giura le sue domande (5) e giura prima che i testi addotti dal convenuto depongano (6), come giura non aver prove (7) o aver perduto i titoli del pos-

---

(1) an. 953: *R. Arch. neapol. Monum.*, n. 66.

(2) an. 937: id., n. 29.

(3) an. 941, 952, 960, ecc.; id., n. 34, 62, 66, 91, 149, 157, 427, 536.

(4) an. 1026 e 1093: TRINCHERA, *Syllabus graec. membran.*, n. 21 e 56.

(5) an. 976: GATTULA, II, 163, 171; an. 981: *Cod. dipl. caietan.*, I, n. 79; *R. Arch. neap. mon.*, n. 34, 38, 62, 190; an. 930: MURATORI, *RISS*, I, 2, 419; CAPASSO, *Mon. ad neapol. ducatus*, II, 2, n. 277.

(6) an. 981, Amalfi: *Cod. dipl. cavens.*, II, n. 335.

(7) an. 970: *R. Arch. neapol. mon.*, n. 163.

Digitized by Google

sesso (1). Parimenti il convenuto giura le eccezioni che presenta (2). A questo punto viene la sentenza: si perde la lite *si testimonia ceciderunt* (3).

Le prove erano il giuramento, le carte, i testimoni. La sentenza compilata da notaio aveva la forma di *cartula securitatis* con menzione della pena pecuniaria a carico del contravventore al giudicato (4).

Laddove il principe era presente, il giudice, istruita la causa e lette le carte, prese da lui le istruzioni, pronunciava la sentenza (5). Anche nella prima metà del sec. XII il processo era orale: la *querimonia* era deposta senza ulteriori formalità, e sulle carte presentate, la lite o era decisa seduta stante (6), o delegata a *ven. viri* per deciderla *ordine iudiciario* (7).

In quanto al procedimento di esecuzione nell'Italia meridionale si accentuò l'esercizio dell'autorità privata sulla persona e i beni del debitore, pratica del diritto volgare che si era perpetuata e anche consolidata per la deficiente azione dei pubblici poteri, qua e là usurpati da signorie militari, e poi anche da enti ecclesiastici, che ne seguivano l'esempio. Nel silenzio delle leggi è interessante il seguente racconto di un miracolo. Un giorno un greco che poi si fece monaco, incontrò nel foro un suo villano debitore insolvente non per malizia ma per grande povertà: *cepit, vinxit* e lo cacciò in una profonda fossa, su cui pose una pietra che dieci uomini non potevano levare, e a chiave chiuse le porte. Al mattino seguente tornò, e il villano non c'era più: ma questi si presentò chiedendo dilazione. Indarno: *et cepit ille minare captivum,*

---

(1) an. 927: *Cod. dipl. cavens.*, I, n. 146.

(2) an. 941: *R. Arch. neapol. mon.*, n. 34, 38.

(3) an. 1020: id., 301.

(4) an. 994, 1022: id., III, pag. 138; IV, 161.

(5) an. 918: *superii d. principis portavimus: regressus a vestigiis d. princ.* il giudice torna a interrogare il convenuto e infine *hunc nostrum iudicatum definitionis emisimus*; FICKER, IV, n. 21.

(6) UGHELLI, VI, 26; an. 1144: *lis consensu et voluntatis utriusque pactis taliter decisa est*; DEL GIUDICE, *Codice diplomatico del regno di Carlo I e II di Angiò*, I, app. n. 6; an. 1145: CAMERA, *Mem. storico dipl. di Amalfi*, I, 342.

(7) an. 1147, Ravello: KEHR, *Urkunde d. normann. sicil. Koenige* 1902, pag. 427.

Digitized by Google

Ma il santo lo libera una seconda volta (1). Il creditore aveva dunque la facoltà di tenerlo *in ergastulo* e dirgli: *aut reddes aut sine me non ibis;* e il debitore non aveva giudici da invocare contro tale forma di autogiustizia. Del resto nella stessa epoca in una causa per ripetizione di credito il duca decide: o paghi *aut creditor haberet eam cum filiis suis in suo servitio* (2). Ciò prova come fosse in vigore l'esecuzione personale nelle cause civili (3), come lo era anche la reale *sine appellatione causam* (4).

11. Nelle Puglie per il periodo anteriore alla dominazione normanna parimenti mancano le informazioni, che però possono desumersi o da documenti posteriori o dalle consuetudini di Bari, redatte nel sec. XIII ma riferentisi a pratiche più antiche. Anche qui sono ricordate controversie definite bonariamente con accordi (5) o col giuramento di uno dei contendenti (6) o per mezzo del giudizio di *boni homines* (7). Il convenuto non era obbligato a dare cauzione (8): le parti potevano sostenere da sè le proprie ragioni (9). Le prove erano le carte, i testimoni, i congiuratori, il duello. I testimoni giuravano, dopo di aver deposto, *et eorum depositionibus redactis in scriptis et publicatis* (10) la sentenza era pronunziata.

La sentenza riassume il corso del processo, e in essa si ha quasi un'eco di quello che si è visto per gli altri territori d'Italia: *Do-*

---

(1) BORGIA, *Memorie stor. di Benevento*, 1765, II, 305, doc. del secolo X. L'*obnoxatio*, lo scontare il debito con servizi è ricordato in doc. napol., *Monum. neap.*, I, 51; II, 110. Cfr. HORTEN, II, 172.

(2) CAPASSO, *Monum.*, II, 2, n. 13, 150, 355.

(3) Ma già Gregorio M. (*Epist.*, lib. IV, 45) aveva scritto: *Lex habet* (l. I, Cod. VII, 71) *ut homo liber pro debito nullatenus teneatur si res defuerint.*

(4) *Tribui potestatem pignoris sine appellatione causam*; *R. Arch. neap. Monum.*, V, 379; VI, 107; BELTRAMI, *Doc.*, 17, 18, 19, 20, 22.

(5) *Cod. dipl. barese*, IV, n. 22, 23, 24, 28.

(6) Id., IV, n. 37.

(7) an. 1066, id., III, n. 10.

(8) ANDREA DE BARULO, *Corpus legum et consuet. civ. Barii*, Ven., 1596: *de dilationibus*, § *reus conventus*.

(9) Id., *De iudiciis*, § *si de procuratore*. Cfr. *Cod. dipl. barese*, V, n. 94, an. 1141: *domine critas, iudica mihi de M.*, ecc.; an. 971: id., III, n. 1: *interpellavimus ad solio iudicis... iudica nobis.*

(10) an. 1105: *Cod. dipl. barese*, V, n. 40.

Digitized by Google

mini (*iudices*), *quero si vobis placet ut... Hac proclamatione audita misimus ut in curia veniret*. Viene coll'avvocato *nostra licentia adeptum*; e risponde. Anche qui è fatta riserva di quanto può alla parte *in defensionem currere* e delle responsabilità dei venditori che sono tenuti a stare quali *defensores*, come nella *laudatio auctoris* (1).

Dodici parenti giuravano colla parte (2), dopo che questa aveva dato *wadia* di presentarli. Al duello si ricorreva mancando le altre prove: *elegerunt sibi pariter pugnam et s. Dei evangelia ibidem astabant* (3).

§ 4. *Sicilia* (4).

Nei primi tempi della dominazione normanna furono stabiliti nell'isola magistrature civili e militari, curie giudiziarie per tutti, e le ecclesiastiche pei chierici con eccezione pel reato di lesa maestà (5); ma una procedura regolare non si ebbe che in seguito. Documenti del tempo dimostrano la somma semplicità del giudizio civile, nel quale appena esposta la petizione a viva voce, facevasi la discussione, si procuravano senza solennità le prove, anche mediante una locale ispezione, e tosto si pronunciava la sentenza, mandata subito ad esecuzione. Erano in uso pratiche bizantine, come il giuramento dei testi dopo la deposizione e la prevalenza della prova scritta sull'orale (6), e accanto ad esse riti

---

(1) Del Giudice, op. cit., I, app. I, n. 8.

(2) an. 1141: id., V, n. 94. Il giuramento non è prestato rinunziando l'altra parte alla lite, e ricevendo *mantellum sericum launegilt*; an. 1158: *cum 12 iuratoribus*; Del Giudice, n. 9.

(3) an. 899, Conversano: Trinchera, n. 4; Andrea, *De immunitatibus*, § *monomachia*: *a nostris civibus exulavit*.

(4) Gregorio Rosario, *Opere edite e inedite*, 1873; Id., *Consideraz. sulla storia di Sicilia*: Lamantia, *Storia d. legislaz. civile e crimin. di Sicilia*, I, 1866; Brunneck, *Sic. Stadtrechte*, 1881; Genuardi, *La procedura civile in Sicilia dall'epoca normanna al* 1446, 1906.

(5) Il foro ecclesiastico è riconosciuto da Guglielmo II (Const. Regni Siciliae, I, 45) e per dipl. all'arciv. di Palermo, an. 1121; v. Brunneck, *Sicil. Stadtsrechte*, 227.

(6) Giuffrida, *Genesi d. consuet. giuridiche d. Sicilia*, 1901, pag. 76;

Digitized by Google

imposti dai Normanni, come il duello, la *blasphematio* della sentenza e altre particolarità dello *speciale quoddam ius Francorum* che Federico II abolì (1), quando per opera sua il procedimento assunse altro carattere preso dal diritto romano-canonico. Però anche prima sotto Ruggiero, si era vietato il *blasphemare iudicem*, dichiarandosi sacra la persona del giudice e sacrilegio porre in dubbio l'autorità ed onestà di colui che il re aveva scelto a giudicare (2). Il giudice era investito di larghi poteri: egli mandava le citazioni che l'attore aveva cura di intimare, egli interrogava i testi, disponeva per le prove, pronunciava la sentenza e provvedeva alla sua esecuzione (3). Alla querimonia presentata a voce rispondeva la controparte; poi tosto il re: *super his multis verbis habitis et contentionibus nos nolentes diu eos in discordia manere et occupatos esse secularibus*, delegava *salutares mediatores* per definire la controversia (4) — *non rigore iustitie sed solo equitatis beneficio* (5). O ancora la parte davanti alle carte presentate *remisit omnem questionem* (6).

Nelle Consuet. delle città siciliane si contengono prescrizioni procedurali le quali hanno origine da pratiche antiche conservatesi fra le popolazioni: tale, per esempio, il divieto alle donne di stare da sè in giudizio, di citarle *personaliter ad iudicium causa ferendi testimonium*, di non ammetterle *ad testimonium nisi in parentela, partu, nativitate, aetate, furnis, balneis, domibus, ecclesiis et aliis locis solitariis* (7): di sospendere la citazione contro chi andava a nozze o era colpito da lutto dome-

---

ZACHARIAE V. LINGENTHAL, *Gesch. d. griech. roem. Rechts*, 1892, pag. 394; SICILIANO, *Consuet. di Palermo*, I, 50.

(1) Const. regni Sic., II, 17.

(2) Id., I, 4.

(3) Giudicati dell'epoca normanna in PIRRI, *Sicilia sacra*; GREGORIO, o. c. e *Consideraz. sulla storia di Sic.*; GAROFALO, *Tabularium*, pag. 33. Le più estese norme di rito sono nelle Cons. di Palermo, 1, 12, 64, 70 e segg.; di Messina, 36-47, 59; poche sono in quelle di Corleone, Caltagirone, Siracusa, ediz. di LAMANTIA.

(4) KEHR, *Urkunden*, pag. 413, an. 1145.

(5) Id., pag. 429 an. 1148: il privilegio presentato viene *cassatum infirmatum, ruptum* e mandato *in regis scrinium*.

(6) Id., pag. 456; SCHIAVO, *Memorie per la storia letter. di Sicilia*, II, 147.

(7) Consuet. di Trapani secondo il Libro rosso, c. 37, ed. TODARO, 1917.

Digitized by Google

stico (1): tale l'uso di suggellare la porta del contumace e di punirlo se rompeva i suggelli (2); tale la consuetudine di Messina di non ammettere gli Ebrei a testimoniare contro i Cristiani e viceversa (3).

La citazione partiva dal giudice sopra ordine regio (4) o a petizione della parte: era fatta dal *nuncius viva voce*, ed era ripetuta per tre volte. In quanto alle prove, pei testimoni richiedevansi che non fossero meno di tre; ma nelle cause per danni prodotti da animali bastava un solo, e due per espellere dal buon vicinato donna di mala fama (5). I Normanni introdussero in Sicilia i giudizi di Dio: però non li imposero, almeno ciò si può desumere dalla carta di libertà accordata ai Baresi, colla quale promisero che mai li avrebbero obbligati al giudizio del ferro infuocato, dell'acqua bollente, dell'acqua fredda, del duello (6). I Normanni chiamavano queste prove paribili, come che per mezzo loro la verità comparisse, e durarono in Sicilia fino a Federico II, che volle si accogliessero solo le prove fondate sulle carte e i testimoni. Ma dell'uso dei giudizi di Dio in Sicilia si ha la prova dalle formole conservate in un messale gallicano *Ordo iudicii aquae frigidae et calidae, panis et casei*, giudizi che si compivano in chiesa, dopo la messa: e in questi *ordo* sono scritte le parole sacramentali da pronunziarsi per ogni prova (7). Il duello fu usato in Sicilia e restò a Palermo come *consuetudo curiae* (8) e a Trapani nelle cause di omicidio, furto, rapina (non in quelle di lesa maestà e di falsa moneta) contro l'accusato, l'accusatore e i testi (9). Anche l'adottò la popolazione di Messina sebbene fosse composta in maggioranza di Greci (10).

---

(1) Consuet. di Palermo, c. 27., ed. SICILIANO.

(2) Id., c. 1.

(3) Consuet. di Messina, c. 24, ediz. di LAMANTIA, pag. 17.

(4) Doc. in GREGORIO, *Consideraz.*, pag. 127.

(5) Consuet. di Trapani, c. 14; di Catania, c. 38.

(6) an. 1132: *Ferrum, cacavum, pugnam, aquam vobis non iudicabit nec iudicari faciet*; UGHELLI, VII, 613. *Cod. dipl. barese*, V, n. 80.

(7) DI GIOVANNI, *De divinis Siculorum officiis*, pag. 88; GREGORIO, *Opere rare e inedite riguardanti la Sicilia*, 1783, pag. 162.

(8) Falcandus, pag. 445; Constit. regni Siciliae, lib. II, 32, 34.

(9) Consuet. di Trapani, secondo il Libro rosso, c. 52, ed. TODARO, 1917.

(10) Consuet. Messan., 39: è ammesso in caso di lesa maestà, omicidio, ecc.

Digitized by Google

L'appello si introdusse come i Normanni stabilirono una gerarchia nelle magistrature. Era precluso al contumace, non all'assente *si quam cito scivit in vocem appellationis prorupit*. Era vietato se la causa era *de re vili, de divisione praediorum, de cursu aquarum... et de his similibus quae per inspectione oculorum et per publica instrumenta definiuntur* (1).

Anche nell'esecuzione delle sentenze vi eran norme consuetudinarie: l'arresto del debitore era vietato se dava fideiussori e se giurava dare al creditore quei suoi futuri acquisti che eccedevano le spese necessarie alla vita.

Nelle cause penali si procedeva per accusa, e al giudizio intervenivano dieci probe persone non nemiche dell'accusato. Il procedimento inquisitorio, dal quale furono esenti i cittadini di alcune città, come quelli di Palermo (2), forse nemmeno dai Normanni fu applicato in Sicilia iniziando le cause solo per accusa. Per delitto clandestino, mancando testi, la prova era data dal giuramento dell'offeso se era persona credibile, o dell'accusato *si fuerit omni exceptione melior* (3).

§ 5. *Sardegna* (4).

13. Il procedimento sardo, che nelle sue manifestazioni esteriori si accosta al barbarico, senza però avere con esso alcun rapporto di dipendenza, dà la prova di quanto abbiamo detto sui caratteri che assunse il procedimento nei territori immuni da dominazione barbarica. Esso è il risultato di quella spontanea degenerazione che si insinuò nel processo romano dal giorno in cui la Sardegna fu abbandonata a sè stessa, e tutta la sua vita sociale e i suoi ordinamenti politici e giuridici subirono una lenta inevitabile involuzione. Tutto si semplificò, tutto ritornò a quello che è

(1) Consuet. di Messina, 21; Trapani, c. 32, 33, 34, 39.

(2) Consuet. di Palermo, c. 9, 21, 68. Dipl. di Federico del 1319, in De Vio, *Privilegia*, pag. 79. Vedi questa *Storia* al cap. V, pag. 362.

(3) Consuet. di Trapani, c. 53.

(4) Besta, *Diritto sardo nel medio evo*, 1898, pag. 98 e segg.; *Sardegna medievale*, II, pag. 86 segg., 228 segg.; Solmi, *Studi storici sulle istituzioni della Sardegna nel medio evo*, 1917, pag. 185 segg.

Digitized by Google

proprio delle società primitive, e si adattò a quell'economia agricola e pastorale che prevalse nell'isola. Poche formalità tangibili, dismesso il rigore del rito per dare il passo alla equità e alla buona fede, rapida azione assicurata al giudice per eseguire le sentenze; in fondo l'antico processo romano spoglio delle solennità, delle tante cautele, eccezioni e regole, quali la dottrina e le stesse esigenze di complicati rapporti giuridici avevano sovra esso posto.

Il processo si iniziava, come a Venezia, colla *reclamatione* del leso innanzi al giudice, il quale ottenuta l'approvazione dei *bonos homines* componenti la *corona*, faceva intimare la citazione, la *nunza*, per mezzo di un messo giurato, che in presenza dei testimoni doveva notificarla al convenuto (1). Nella citazione era indicato il giorno in cui comparire. Era ammessa la rappresentanza almeno nelle cause civili; nelle criminali il reo doveva comparire in persona. Se egli si presentava al tribunale e dava cauzione di sottostare alla sentenza, poteva avere un difensore. I pupilli, le vedove e le chiese ricevevano un difensore di ufficio.

La contumacia era pronunciata solo dopo la terza citazione: se le due prime erano trasgredite, il citato incorreva in una multa. Se alla terza non rispondeva, il giudice poteva immettere l'attore nel processo di tutti i beni del convenuto o di una parte di essa: ed egli non poteva riscattarli se non presentandosi al tribunale, pagando le spese. Che se trascorreva un anno senza presentarsi, il possesso tediale convertivasi in favore dell'attore in proprietà piena (*C. de Logu*, 53, 54).

Il procedimento iniziavasi oralmente. Il clamatore esponeva le sue ragioni dopo di aver giurato *de cal.* (2); il convenuto, prestata *securitate d'estare assa resione*, rispondeva. Così dopo repliche e controrepliche davanti ai *bonos homines* e al giudice che a questo punto faceva scrivere le ragioni e le eccezioni (*C. de logu*, 56), si emanava la sentenza *secondo la coscienza delle anime*.

---

(1) Carta de logu, c. 52: *at essere mandada cum nuncadae corona... in presencia de tres bonos hominis*; SOLMI, *Carte volgari di Cagliari*, in *Arch. storico ital.*, XXXV, 1905, XVIII, 6; *Condaghe di S. Pietro di Silki*, ed. BONAZZI, 1900, n. 42, 46, 185, 205.

(2) Stat. di Castelsardo, cit. da BESTA, *Diritto sardo*, 100.

Digitized by Google

Le prove eran testi e documenti, e la Sardegna non praticò i giudizi di Dio. I testi eran scelti fra i vicini e la *corona* decideva se erano o no *bonos* (id., 56); potevansi ascoltare anche minorenni (id., 71): il loro numero variava da due a cinque, a nove, ma non più di dieci (id., 71).

Il giuramento era deferito solo in mancanza di altre prove, e il giudice ne dettava la formola. Per lo più era imposto all'attore di giurare sulla verità delle sue domande, e il giuramento di lui era confermato con quello di altri *testimonios*, il che mostrerebbe qualche affinità coi congiuratori. Gran valore aveva la prova per carta pubblica, la *carta bollata*, così detta dal sigillo appeso alla sua estremità.

Il giuramento era un diritto dell'attore, che quindi vi poteva rinunziare, e in tal caso colui cui era condonato, soleva dare un *meritum* al condonante: la stessa cosa che si è notata nei documenti dell'Italia meridionale laddove un *launegild* è dato al condonante.

Il condono equivaleva alla fine della lite con effetto eguale a quello della transazione e dell'*accordiu* promosso dal giudice, che non va confuso col compromesso arbitrale o con la *campania* o transazione extragiudiziale, esclusa una volta che si fosse adita la *corona* (Besta). Il rifiuto di giurare induceva naturalmente la perdita della causa.

La valutazione delle prove spettava alla *corona*, la quale se trovava che queste non suffragavano le domande e le eccezioni, poteva deferire il giuramento, la prova per eccellenza. Dopo di che i *bonos homines* votavano, e il presidente sul risultato della votazione pronunciava solennemente la sentenza, che in antico non era messa in iscritto, il giudice stesso potendo essere chiamato ad attestarne il contenuto.

Era ammesso l'appello, che oralmente chiedevasi appena pronunciata la sentenza e dopo di aver prestata cauzione. Il giudice stesso curava l'esecuzione della sentenza per mezzo di nunzi o del *maiore de villa* (*C. de logu*, 78).

Il processo criminale iniziavasi coll'accusa che poteva essere anche popolare, ma anche di ufficio, cioè in base a denunzia dei pubblici ufficiali incaricati di scoprire e denunciare certe forme di reato più connesse al pubblico interesse. Vi erano *iuratos de iustitia* nelle ville, e altri funzionari procedevano a

Digitized by Google

inchieste sopra indizi, o a pubblica fama. La prova principale era la confessione e per strapparla usavasi la tortura, almeno pei crimini gravi. Per sostenere l'accusa occorrevano almeno due testi; la testimonianza della donna valeva per metà. Il giuramento della parte lesa era ammesso solo per le persone di buona fama, quando non fosse possibile avere testi per circostanze di tempo e di luogo.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

89097652754

B89097652754A

Digitized by Google

Digitized by Google

89097652754
b89097652754a

Digitized by Google